

11

POR EL CONCEJO, VECINOS, Y POBLADORES DE EL LUGAR DE JUBRIQUE.

CON EL CONCEJO DE LA VILLA DE CASARES, DE CUYA JURISDICCION ES.

SOBRE

LA PERTENENCIA DE QUATRO Hechos de Montes de Bellota, Tierras, Pastos, Abrevaderos, y demàs cosas contenidas baxo los Limites, y Mojones de su Dezmerìa, y Territorio.

✠

Pater eram Pauperum, & causam quam nesciebam diligentissimè investigabam. Job cap. 29. vers. 16.

Num. 1. 
PRETENDE el Lugar de Jubrique, que el Consejo se sirva de absolverle, y darle por libre de la Demanda puesta por la Villa de Casares, sobre la propriedad de sus Montes, imponiendole perpetuo silencio en este assumpto, con la total condenacion de costas de este Pleyto.

2. Bien pudieran los Vecinos de Jubrique quexarse hasta el Cielo, y con razon, de la Villa de Casares, por la temeridad con que les està disputando lo que su Magestad concediò à sus primitivos Pobladores, en recompensa de haver dexado sus proprias naturalezas, y domicilios, è ido à poblar este Lugar, que por la ultima rebelion de los Moriscos del Reyno de Granada, quedò, como otros muchos, enteramente desierto; y lo que assimismo les diò, nada menos, que por un contrato oneroso de pagar al Real Erario un tributo anuo, y emphiteutico, y defender con sus personas, vidas, y haciendas aquellas Costas, y Dominios.

3. Y no serìa estraño al vèr, que la Villa pretende quitarles de las manos lo que por tantos, tan justos, y legitimos titulos es suyo, que exclamàran oy en el Consejo, como el Obispo Antigono lo hizo en el primer Concilio Africano, (1) de que por la conservacion de la paz publica, y la sociedad civil, se mandassen guardar inviolablemente tan justas convenciones, y pactos, por ser este uno de los principales preceptos de la Justicia, y el mas religioso objeto de la Jurisprudencia.

4. En el año de 691. principiaron los Pobladores de Jubrique este Pleyto en el Juzgado de poblacion de Granada, por el juicio brevissimo de un remedio possessorio; (2) y ha podido tanto la cabilosidad de la Villa de Casares, y sus defensores, que despues de tantos años, ha puesto oy à este Lugar en peor estado, que si se hallàra à los prime-

(1) *Relatus in cap. 1. de Pact. in 6. ibi: Ut pax servetur pacta custodiantur.*

(2) Memor. impres. n. 65. fol. 23. B.

ros passos de este litigio; porque, ò poco desengañada de su ningun derecho, ò nada escarmentada con las repetidas Executorias, que se hallan en estos Autos, dadas contra ella, no solo ha conseguido subscitar de nuevo las pretensiones resueltas *ab antiquo* contra la expressa prohibicion de Derecho, (3) sino es que, desconfiado, y con razon, de obtener en este juicio, puso esta misma Demanda de propriedad en el Juzgado de Valdìos, teniendola yà deducida en el Consejo. De suerte, que oy se halla pendiente este mismo Pleyto en la segunda Sala del Consejo de Castilla, por la pretension que la Villa deduxo, con el pretexto de Valdìos, y Realengos; haciendose por esto merecedora de la pena, que la Constitucion Imperatoria dexa al arbitrio de los Señores Jueces, que conocieren de la Causa. (4)

5. Yà se reconoce, que el fin de la Villa de Casares, en demandar à estos Pobladores sus Montes en tan distintos Tribunales, no es otro, que el vér como, por falta de medios, y caudales, les puede hacer abandonar la justicia que les assiste, y perder, como por assedio, lo que tan legitimamente les pertenece; cumpliendo al mismo tiempo con el inveterado estatuto, que siempre ha observado de estàr embuelta en dissensiones, y litigios. Vicio, que justamente reprehendiò el Sabio en sus Proverbios, (5) dandoles à los que lo practican el debido renombre de Estultos.

6. Pero este Pleyto raya en los limites de temeridad, y es en conocido desprecio de la justicia, por ser una disputa, que mas la contempla nuestra cortedad agravio del Consejo, y de sus justas providencias, que desgracia de estos Pobladores en litigar un assumpto, que està canonizado con repetidas Executorias. Por lo que nos parece, que el mayor informe, que se puede hacer en este juicio, es reflexionar el mismo hecho, que resulta de los Autos, y se sienta en el Memorial impresso. Y assi, *illud igitur per se loquatur*. (6)

7. Es indubitable, que en el año de 691. compareciò este Lugar, y el de Genalguacil, ante el Juez de Poblacion, y pidieron se les reintegrasse en la possession de sus Montes, por perturbarles en ella la Villa de Casares: (7) Que se les mandò dàr con su citacion; (8) y que por haverse opuesto à esta reintegracion, se siguiò un costoso, y di-

(3) *L. 3. C. de Fruct. & lit. expens. in fin.* ibi: *Nefas est litem alteram consurgere ex litis primæ materia.*

(4) *L. 10. C. de Judic.* ibi: *Nulli prorsus audientia prebeatur, quid id quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos Judices voluerit ventilare: pœna ex officio Judicis immenente ei.*

(5) *Cap. 20.* vers. 3. ibi: *Honor est homini, qui se separat à contentionibus: omnes autem stulti miscentur contumelijs.*

(6) D. Bern. *in Considerat. ad Eug. lib. 3. cap. 3.*

(7) Mem. n. 65. fol. 23. B.

(8) Memor. num. 67. fol. 24.

dilatado Juicio petitorio, donde, en el termino de prueba, se hizo Vista de ojos, Demarcacion, y Paño de pintura; y resultando de estas diligencias estàr los Montes litigiosos dentro de las Dezmerìas, y Terminos de los Lugares, en 19. de Enero de 697. declarò aquel Juez: *Que los Montes, y demàs cosas contenidas dentro de sus Limites, y Mojones, TOCABAN, Y PERTENECIAN à los Lugares, reservando à la Villa su derecho à salvo, para que si algunos de los Arboles comprados à su Magestad se incluìan dentro de dichos Terminos, pidiera, en quanto à su valor, donde, y como pudiera hacerlo.* (9)

8. Es asimismo constante, que esta Sentencia difinitiva se declarò por passada en autoridad de cosa juzgada, por no haver apelado la Villa de ella: Que se despachò à los Lugares su correspondiente Executoria: (10) Que por haverles precisado à celebrar una transaccion nula contra la cosa juzgada, (11) cediendo la mitad de los Montes à la Villa, prevenidos, y resguardados con una protesta, (12) la anularon en el año de 730. (13) y que venidos los Autos en apelacion de un proveìdo, que en el mismo año diò el Juez de Poblacion, mandando se hiciesse primero un nuevo apèo, y deslinde, que se reintegrasse à los Lugares en la possesion de sus Montes, (14) (de que estaban despossèidos por la citada transaccion nula, que havian celebrado) por Sentencias de Vista, y Revista de 22. de Abril, y 19. de Junio de 32. mandò el Consejo: *Que en consequencia de la EXECUTORIA dada por el Juez de Poblacion en el año de 697. y possession, que en su virtud tomaron los Lugares, se les reintegrasse en ella, con todas las Tierras, Arboles, Yerbas, Montes, y lo demàs que entonces se les diò; y reintegrados que fuessen en esta forma, se hiciesse nuevo Deslinde, y Amojonamiento;* (con diversas solemnidades, y circunstancias, que en la Sentencia de Vista se previnieron) *y que executado el Apèo, se remitiesse al Consejo, para providenciar sobre èl.* (15)

9. Y finalmente, es incontrovertible en el Hecho, que executado el Apèo, *con las solemnidades, y requisitos prevenidos*, (16) resultò ser el mismo, que se hizo en el año de 695. (17) sobre que recayò la Executoria de 97. y que remitido por el Juez de Comission, que lo practicò, y reconocido por las Partes (que escrivieron en Derecho sobre sus respectivas pretensiones) por Sentencias de Vista, y Revista de 29. de Marzo, y 20. de Abril de 735. el Con-

se-

(9) Mem. à num. 68. ad 76. à fol. 24. ad 26. B.

(10) Mem. num. 77. fol. 26. B.

(11) *L. Si causa cognita 32. C. de Transact.* ibi: *Super judicato frustra transigi.*

(12) Memor. num. 82. fol. 27. B.

(13) Memor. num. 88. fol. 28. B.

(14) Memor. num. 82. fol. 29. B.

(15) Memor. num. 87. fol. 30. B.

(16) Memor. num. 90. fol. 31. B.

(17) Addiciones al Memor. n. 11.

ſejo *aprobò enteramente el nuevo Apèo, y Deslinde, y mandò ſe obſervàran, y guardàran LAS EXECULORIAS dadas en eſte Pleyto, ASSI POR EL JUEZ DE POBLACION EN 9. DE FEBRERO DE 97. como por el Conſejo en 19. de Junio de 32. reſervando à las Partes ſu derecho à ſalvo, para que ſobre SUS EXCEPCIONES uſen de èl, ſegun, y como les convenga.* (18)

(18) Memor. num. 92. fol. 31. B

10. Interpretò la Villa eſta reſerva ultimamente hecha por el Conſejo, comprehenſiva del juicio petitorio, que oy tiene deducido; pero en eſto, ò padeciò una equivocacion manifieſta, ò procediò de pura malicia, que es lo mas regular en ella. Porque no pudiendo dudarſe, que la Sentencia, y Executoria deſpachada à eſte Lugar, y el de Genalguacil, por el Juez de Poblacion en el año de 97. fuè en juicio de propriedad; y que el Conſejo en la ultima, que aſsimiſmo diò à ſu favor en el de 35. mandò expreſſa, y literalmente, que aquella Executoria ſe obſervàra, y guardàra, (19) ſin limitacion alguna: no queda arbitrio para afirmar, que eſta ultima reſerva de que *las Partes, EN QUANTO A SUS EXCEPCIONES, uſen de ſu derecho como les convenga*, pueda comprehender la propriedad, que oy ſe litiga, y ſolo sì ſe deberà circunſcrivir al juicio de eviccion, de que unicamente podrà uſar la Villa contra quien aya lugar.

(19) Memor. num. 92. citado.

11. Aſsi por ſer eſta la miſma reſerva, que hizo el Juez de Poblacion en ſu Sentencia del año de 97. (20) (la que aprobò el Conſejo ſin reſtriccion alguna, antes bien impuſo formal precepto, para que religioſamente ſe obſervàra) como porque el decir, que en la expreſſada Executoria del año de 35. ſe reſervò à la Villa ſu derecho à ſalvo, para el juicio de reivindicacion, que oy eſtà ſiguiendo, es incurrir en el politico ſacrilegio de afirmar, que el Conſejo reſervò lo miſmo que aprobò, y canonizò por executoriado.

(20) Memor. num. 76. fol. 26. B.

12. La prueba infalible de eſta verdad, pende; lo primero, de la citada Executoria del año de 35. en que el Conſejo omnimodamente aprobò la del Juez de Poblacion; (21) y lo ſegundo, de la Sentencia de eſte Juez, que la pronunciò en un juicio plenario reivindicatorio, y conſiguientemente en los miſmos terminos, en que nos hallamos oy.

(21) Memor. num. 92. ibi: *Se obſerven, y guarden las Executorias dadas en eſte Pleyto, aſsi por el Juez de Poblacion en 11. de Febrero de 697. como por el Conſejo en 19. de Junio de 732.*

13. Porque ſolo las literales voces, y materiales palabras con que aquel Juez eſtendiò ſu Sentencia difinitiva,

eſtàn

estàn persuadiendo, que determinò en juicio petitorio; pues no dandonos las Constituciones de Derecho otro modo de sentenciar, y decidir en los juicios de reivindicacion, que el declarar à quien toca, y pertenece la alhaja, que se controvierte, (22) tenemos expressa, y literal esta regla en la enunciada Sentencia difinitiva del año de 97. porque no pudo aquel Juez, con palabras mas claras, mas terminantes, ni genuinas, explicar, que determinaba en quanto à la propriedad, que diciendo: *DECLARO TOCAR, Y PERTENECER A LOS LUGARES TODAS LAS TIERRAS, ARBOLES, MONTES, Y DEMAS COSAS CONTENIDAS DENTRO DE SUS TERMINOS, Y MOJONES*; (23) regla que, como indubitable, y unica, califican los AA. por de manifiesto derecho en la reivindicacion. (24)

14. Y es cierto, que sin mas autoridad, que lo que nos enseña la practica diaria, è inconcusa de todos los Tribunales, assi inferiores, como supremos, apenas havrà quien, haviendo saludado el Foro, dude ser este el unico modo de estender las Sentencias en los juicios de reivindicacion. Ademàs, que si la dada en el año de 97. à favor de los Lugares, huviera sido comprehensiva solamente de la possession, se huviera en ella reservado à la Villa su derecho à salvo, en quanto à la propriedad; y el no haverlo hecho aquel Juez de Poblacion, que la pronunciò, fuè, porque semejante reserva serìa ociosa, atendiendo à lo mismo que declaraba, y decidia en su Sentencia. (25)

15. Por esto la limitò, y muy bien, al valor de los Arboles, si havia algunos dentro de los Terminos, y Mojones de los Lugares, y no en quanto el dominio de aquellos; conociendo, sin duda, que en lo primero se conformaba con la disposicion de Derecho, dexando integra à la Villa la accion de eviccion, que pudiera tener contra la Real Hacienda; y que en lo segundo, sobre cometer un absurdo, incurrirìa en una implicacion notoria.

16. Repara la Villa, en que acabando de declarar aquel Juez, *que los Montes, y demàs cosas incluìdas dentro de sus Terminos, y Mojones, tocaban, y pertenecìan à los Lugares*, añadiò: *Que en su consequencia fuessen manutenidos en todo ello.* (26) Queriendo inferir de esta expresion, que aquella Sentencia fuè dada solo en juicio possessorio. Pero la referida clausula està tan lexos de apoyar esta objecion, que

(22) *L.* 35. §. 36. *ff. de Reivind.*

(23) Memor. num. 76. fol. 26. in princip.

(24) D. Covarr. *lib.* 1. *Var. cap.* 3. *num.* 1. D. Salgad. 4. *part. de Reg. Protect. cap.* 9. *n.* 132. ibi: *Est enim certi, & manifesti juris, ut in actione reali, satis esse, actorem per Sententiam Judicis dominum rei petitæ declarari.*

(25) Garc. *de Nobil. gloss.* 12. *n.* 10. ibi: *Altera differentia erat quod in hoc possessorio judicio veniebat proprietatis causa reservanda : : : at vero in judicio proprietatis otiosa erat ista reservatio.*

(26) Memor. num. 76. fol. 26.

que antes bien prueba con evidencia lo contrario. Porque todos saben, que el Juicio de propriedad es tan poderoso, que atrae à sì el de possession, (27) y que esta viene como en consequencia legitima, y precisa de aquella, pues de tal modo se debe sentenciar en los Juicios petitorios, *ut nulla amplius de possessione supersit quæstio*; (28) precepto, que *ad unguem* observò aquel Juez, porque no solo declarò *tocar, y pertenecer los Montes à los Lugares, y que fuessen manutenidos en ellos*, sino que tambien mandò, *no se les inquietàra, ni perturbàra en manera alguna.* (29)

(27) *Cap. Cum dilectus 6. de Caus. possess. & proprietat.*

(28) D. Gonzal. *in dict. cap. Cum dilectus n.* 1. *&* 4.

(29) Memor. ubi suprà.

17. Pero para total convencimiento de la Villa, y evidenciar, que esta Sentencia fuè dada en juicio plenario de propriedad, examinemos lo deducido entonces en los Autos, (por ser la regla mas cierta para conocer à lo que debiò estenderse aquella determinacion difinitiva (30)) y encontrarèmos al primer passo de aquel juicio, que aunque los Pobladores solo intentaron el interdicto *recuperandæ*, con el justificado motivo de irse introduciendo en el aprovechamiento de sus Montes la Villa de Casares, (31) por la oposicion, que esta hizo, alegando haverlos comprado à su Magestad, y presentando los titulos de ellos, (32) deduxo un formal petitorio; y pudiendo los Lugares pedir se suspendiesse semejante juicio, hasta hallarse reintegrados en la possession, que havian pedido, no lo hicieron, antes sì respondieron llanamente, contradiciendo el dominio, que la Villa havia alegado, fundando tenerlo ellos. (33)

(30) D. Salgad. *de Reg. part.* 4. *cap.* 8. *à n.* 293. *& cap.* 12. *num.* 68.

(31) Memor. num. 65. fol. 23. B.

(32) Memor. num. 68. fol. 24.

(33) Memor. num. 69. fol. 24.

18. Con que se puso el Pleyto en estado de acumularse ambos juicios petitorio, y possessorio, por permitirlo muy bien las Leyes, y naturaleza del interdicto *recuperandæ*; (34) y siendo uno de los modos conocidos de hacerse dicha acumulacion, quando el que intenta este interdicto consiente se dispute del dominio, con que se le opone el que le perturba su possession: en este caso, *tàm de possessione, quàm de proprietate agendum est*, conforme à la expressa constitucion de Derecho. (35)

(34) *Textus in l.* 18. *§. fin. ff. de Vi, & vi arm.* Aguila ad Roxas *part.* 5. *cap.* 5. *n.* 32.

(35) *Cap.* 1. *de Restit. Spol. & cap.*6. *de Caus. possess. & propriet.* ubi D. Gonz. Roxas *de Incomp. part.* 5. *cap.* 5. *n.*43.

19. Fuè discurriendo el Pleyto por los terminos de un plenario contencioso, presentandose por cada parte sus respectivos titulos de pertenencia, y practicandose por una, y otra quantas pruebas se conocen concernientes à la propriedad; siendo una de ellas la Vista de ojos, y Amojonamiento; diligencia, que por expressa, y legal disposicion,

cion es privativa del juicio petitorio. (36) Y asi, haviendose los Autos instruìdo de quantas circunstancias puede apetecer la instancia de reivindicacion mas escrupulosa, y bien seguida, aunque empezasse el Pleyto por un interdicto possessorio, fuè consiguiente se acumulassen ambos juicios, y que el Juez sentenciasse en uno, y otro: *Nam quoties pars passa fuerit, probationes fieri, merita judicij petitorij concernentes, Judex super utrumque pronuntiabit.* (37) De modo, que para impedirlo es necessario, que à cada acto del Pleyto, que pueda dirigirse à disputar la propriedad, se proteste no admitir cosa alguna, que se termine à ella. (38)

20. Sin que pueda servir de reparo, digno de algun aprecio, el que la Demanda de los Lugares se circunscriviesse al remedio *recuperandæ possessionis*; (39) y que la Sentencia se estendiesse à declarar à su favor la pertenencia de los Montes, y lo demàs contenido dentro de sus Terminos, y Limites; (40) porque desterrada del Foro la escrupulosa observancia de las solemnidades civiles, la Demanda, que propriamente demuestra la naturaleza del juicio, es el progresso de todo el Pleyto: *Et nullus est melior libellus, quàm contentio, quàm partes habent in prosecutione causæ.* (41) Y como tenemos al primer passo de aquel juicio, que la Villa immediatamente se opuso à la reintegracion pedida por los Lugares, alegando la propriedad de los Montes, (42) y que ellos le contextaron la excepcion de dominio, redarguyendoles sus titulos de falsos, (43) se formalizò un plenario petitorio, haciendose en èl quantas pruebas son proprias de la reivindicacion; y por lo mismo fuè consiguiente se reduxesse à juicio de propriedad el que empezò por mero possessorio, y que el Juez sentenciasse bien, declarando la pertenencia del dominio. (44)

21. De que parece, que evidentemente se infiere, asi por lo que la referida Sentencia del año de 97. literalmente expressa, como por lo deducido en aquella instancia, sobre que recayò, que fuè dada en juicio de propriedad, y consiguientemente en los mismos terminos en que nos hallamos oy, y solo con la notable distincion, de que, aunque la Villa litigaba en aquel juicio con la ninguna justicia, que lo ha practicado en todas las Instancias de este Pleyto, à lo menos no tenia contra sì la poderosa anomala excepcion de la cosa juzgada, que con tanta razon le han opuesto en este juicio los Pobladores; primero, como

(36) *L. 3. C. finium regund.*

(37) Jul. Capon. *Discept. For. tom. 5. discept. 353. n. 3.*

(38) Idem Capon. *ubi suprà.*

(39) Memor. num. *65*. fol. 23.

(40) Memor. num. *76*. fol. 26.

(41) Jul. Capon. *tom. 1. discept. 7. num. 11.*

(42) Memor. num. 72. fol. 24. B.

(43) Memor. num. *69*. fol. 24.

(44) Noguèr. *alleg. 26. num. 305.* ibi: *Quando reus conventus super remedio recuperandæ exceptiones oponit circa defectum proprietatis, & super eis cognoscitur, debet pronuntiari super proprietate.* Aguila ad Roxas *part. 5. cap. 5. à num. 70.*

(45) *Ut habetur in cap. 1. de Litis Context. in 6.*

(46) Conforme à la disposicion de la *l.* 10. *tit.* 3. *part.* 3.

mo dilatoria, para impedir el ingresso de esta instancia, (45) y despues de la contextacion de la Demanda, en fuerza de la peremptoria, para elidir, y desvanecer la pretension introducida (46)

22. Atenta la realidad de estos hechos, y la justificacion de las Executorias relacionadas, quièn podrà creer, que el Consejo no se ofenda al vèr, que la Villa tenga habilantèz para disputar una materia tan sagrada como esta? Y como nos podrèmos persuadir, ni menos esperar estos Pobladores, que el Consejo, en este Juicio, mude de dictamen, y se contrarìe à lo mismo, que con tan justificada reflexion tiene aprobado, y executoriado antecedentemente, y mas no haviendo, como sucede, Instrumento, que pueda variar el concepto de esta Causa, y los justificados meritos con que se halla decidida?

23. Con la determinacion del Consejo, en que mandò à estas Partes contextar la Demanda de propriedad, intentò el Defensor de la Villa, al tiempo de la Vista de este Pleyto, condenarnos à perpetuo silencio en este assumpto; y aunque pudieramos, sin faltar à la veneracion debida à Tribunal tan Supremo, dàr por justo motivo, para tratar de los meritos de este Decreto, no haver asistido el Defensor, que entonces era, de los Lugares à la vista del Articulo de no contextar, y que el abandono de la defensa en una ocasion tan critica, pudo motivar la determinacion contraria, y mas en este Pleyto, donde la variedad, y multitud de hechos pudo ocasionar alguna ofuscacion: (47) no obstante, reverenciando tan superior Proveìdo, no intentamos oy controvertirlo, como la Villa lo practìca con las anteriores Executorias dadas contra ella, y solo nos queda arbitrio para decir con el J. C. (48) *Sic inveni Senatum censuisse.*

(47) *Quià facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos falit. Ut habetur in l. 2. ff. de Jur. & fact. ign.*

(48) *In l. Filius 14. ad leg. Cornel. de Fals.*

24. Poniendo al mismo tiempo presente al Consejo, y su inalterable justificacion, que con iguales, y superiores fundamentos pudieramos adaptar esta Sentencia à las anteriores determinaciones, que tiene dadas, y aprobadas à favor de estos Pobladores. Pero porque no parezca, que el inculcarnos en este punto, es huìr la dificultad del Pleyto, expondrèmos, con la brevedad posible, los justificados motivos con que el Juez de Poblacion declarò la propriedad de sus Montes à favor de este Lugar; y consiguientemente los sobrados meritos, con que el Consejo aprobò,

y

y mandò guardar inviolablemente aquella Executoria, para que conozca la Villa lo injusto de su pretension, y que solo ay arbitrio para escarmentarle la temeridad con que intenta hacer eterno este Pleyto.

25. Nos es forzoso (fundado yà estàr executoriada la propriedad, que oy se litiga) para oviar toda ofuscacion, y hacer al discurso un camino llano en este Pleyto, quitando los tropiezos, que nos pone la Villa con las que llama Escrituras de Compra, y legitimos Titulos de su pertenencia, dividir este Informe en dos puntos. En el primero probarèmos, pertenecer los Montes à estos Pobladores, en virtud de los legitimos titulos que tienen: Y en el segundo, el ningun derecho, que la Villa puede fundar en sus Escrituras, y demàs Titulos, que alega, de cuya nulidad tambien se tratarà.

PUNTO PRIMERO.

QUE LOS MONTES LITIGIOSOS pertenecen indisputablemente à estos Pobladores, en virtud de los legitimos Titulos que tienen.

§. I.

SE PRUEBA PERTENECER LOS Montes à estos Pobladores por el repartimiento, que se les hizo en el año de 1572.

26. EN el supuesto cierto de que, despoblados los Lugares del Reyno de Granada por la ultima revelacion de los Moriscos, y expulsion, que se hizo de ellos, adquiriò el Real Fisco *per anihilationem personæ* (49) todas las haciendas, y derechos proprios de los delinquentes, y entre ellos los Montes litigiosos, por haver sido este Lugar uno de los muchos, que quedaron enteramente desiertos: es indubitable, que justificando los Vecinos de Jubrique la concession, que su Magestad les hizo de estos Montes à sus primitivos Pobladores, prueban con

(49) D. Amaya *in l. 1. C. de Bonis vacant. lib. 10. n. 10.*

 evi-

evidencia, que les pertenecen; y asi antes de tratar del repartimiento, que se les hizo de ellos, nos es indispensable reflexionar los antecedentes Decretos, que à este fin se expidieron, en prueba evidente de haverseles repartido.

27. Porque siendo poco menos antiguo, que el Mundo, el erigir Poblaciones, y señalar pastos à los Pueblos, pues en las Sagradas letras yà lo vemos prevenido uno, y otro, (50) aqui tenemos, que su Magestad quiso practicar esto mismo con este, y otros Lugares, que se poblaban de nuevo. Y teniendo presente lo poco, ò nada estables, que precisamente serìan las nuevas poblaciones, no asignandoles los pastos correspondientes (*cum clarum sit Villas, absque animalibus, & animalia absque pabulo nihil esse*) (51) decretò pur su Real Cedula de 24. de Febrero de 571. que se les aplicassen los *Exidos*, *Terminos*, *Y MONTES*, *que segun la Poblacion, y Vecinos pareciere ser necessario para su entretenimiento, y sobstenimiento de sus Ganados.* (52) Beneficiando à los nuevos Pobladores, no solo con lo que en esta clausula se les concede, sino tambien dotando con Proprios à los Concejos, que se havian de crear de nuevo, con la expression de que: *Lo mismo se haga, respecto de los otros Proprios, que los dichos Concejos tenian, ò pareciere que deben tener.* (53)

28. De forma, que esta Real Cedula, en que al Consejo de Poblacion de Granada se le diò la regla, que havia de observar en los repartimientos, fuè comprehensiva, no solo de los Montes publicos, sino tambien de los que fueron, ò debian ser de los Concejos; estendiendose à los dos generos de bienes, que, entre otros, comunmente tienen todos los Lugares, unos publicos, destinados para el aprovechamiento del Comun, y Vecinos, y otros proprios de la Universidad, y Concejo, conforme à la disposicion legal, (54) y à lo que cada Pueblo, segun su Territorio, y Vecinos, necessita. (55)

29. Y porque parece, que se originò alguna duda sobre si esta Cedula se havia de practicar solo en los Lugares Realengos, y no en los de Señorìo, se expidiò en el siguiente año de 72. una Carta-Orden, dirigida al mismo Consejo, advirtiendole se observasse universalmente; en cuya virtud, lo mandò asi el mismo Consejo en la Instruccion que formò, y remitiò al Juez repartidor, y solo con

(50) Numer. *cap.* 35. vers. 2. 3. & 4. ibi: *Præcipe Filijs Israel ut dent Levitis de possessionibus suis Urbes ad habitandum, & suburbana earum per circuitum: ut ipsi in Oppidis maneant, & suburbana sint pecoribus, ac jumentis.*

(51) Herm. *in l.* 15. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 2. *n.* 54.

(52) Memor. num. 11. in fin.

(53) Memor. ubi suprà.

(54) D. Farìa ad Covarr. *in Pract. cap.* 37. *n.* 47. ibi: *Quædam proprietate sunt publica, sed ad utilitatem habitantium destinata, velut pascua communia, Montes, ac Memora. Alia sunt quæ proprios Civitatis Vulgo dicimus.*

(55) Juxta illud Numeror. *cap.* 26. vers. 54. *Pluribus majorem partem dabis, & paucioribus minorem.*

con la limitacion de que fuesse *sin perjuicio de los Señores, que mostrassen ser sus Lugares solariegos.* (56)

30. qualidad que hasta oy no ha justificado el Duque de Arcos, de cuyo Señorio es este Pueblo: y asi es incontrovertible, que sus repartimientos se hallan en los puros terminos de dicha Real Cedula, y que por ella los debemos regular; y con superior razon, haviendose puesto en puntual observancia, pues en su cumplimiento passò Don Juan de Mesa Altamirano, en el mismo año de 572. (57) à dividir en suertes las haciendas confiscadas à los Moriscos, y à dàr, en nombre de su Magestad, la possession de ella à los nuevos Pobladores, como con efecto, haviendose estos obligado à pagar el censo anual en especie de frutos, les diò primero la de las casas, y despues la del Termino, y Jurisdiccion de este Lugar, con las *Dehessas, Aguas, Pastos*, y todo lo demàs, que incluìa su Dezmerìa, y Territorio. (58) Siendo digno de la mayor atencion el modo con que, arreglandose à la expressada Cedula Real, cumpliò con su Comision aquel Juez repartidor; porque conociendo, que los Pastos, Montes, y Terminos no los havian de gozar los Pobladores privadamente, y como Particulares, sino como Vecinos, que componian una Universidad, y un cuerpo individuo, les diò la possession de ellos, quando haviendoles dado antes la de las casas, (59) viò yà erigida aquella Poblacion con el concepto formal de Universidad, y quando hallò à los Particulares, que la componian con la qualidad de Vecinos, y Moradores de ella, por ser este el indispensable requisito, que en esta materia apetece la disposicion de Derecho. (60)

31. Passò despues à darles la possession de las Tierras, Olivos, Morales, y demàs bienes; y como en estos havian de tener, à lo menos, el dominio util, los mirò como à Particulares, y por lo mismo observò otro methodo, que en la primera, en que atendiendo à que su Magestad mandaba repartirles los *Exidos, Terminos, y MONTES, que necessitassen*, (61) conociendo, que necessitaban de quantos se incluìan en el Territorio de este Lugar, estendiò la possession *à todo lo que comprehendia su* Termino. (62)

32. Con que, aunque concedieramos absolutamente no haver, por la disposicion de Derecho, cosa determinada, que pertenezca à los Pueblos, y que à tanto deban estenderse sus pertenencias, à quanto alcancen sus conces-

sio-

(56) Memor. num. 20. fol. 8. B.

(57) Memor. num. 18. & 23. fol. 7. B. & 9. B.

(58) Memor. num. 34. fol. 11.

(59) Memor. ubi suprà.

(60) *L. 9. tit. 28. part. 3. ibi: Ca todo home, que fuere morador puede usar de todas estas cosas sobredichas.* D. Covarr. *Pract. cap. 37. n. 1.* Otero *de Pasc. cap. 3. n. 5.*

(61) Mem. num. 11. fol. 3. B.

(62) Memor. num. 34. fol. 11.

siones, yà sea por Privilegio, ò por costumbre, ò por otra particular disposicion, (63) se halla este Lugar con un expresso repartimiento de quantas Dehessas, y Pastos incluìa su Termino, (64) quedandole aplicados los Montes litigiosos por especial concession de su Magestad, que no ay duda lo mandò practicar assi en todos los Lugares despoblados, tanto Realengos, como de Señorìo, à excepcion de los que fueran de dominio Solariego; (65) cuya qualidad no se verifica en este Lugar, *ut dictum est num.* 30.

33. Este especioso titulo, aùn en los meros terminos de concession gratuita, tiene no menor firmeza, que una justissima Ley; (66) pero haviendo sido *intuitu populationis*, como en dote, y por causa onerosa, se formalizò à contrato, (67) y con justa razon, por no hacer à los Monarcas incomerciables, participan estas concessiones de una firmeza indisoluble, (68) obligandoles, no solo *vi directiva*, *sed etiam coactiva*. (69) De suerte, que ni de plenitud de potestad admite reiccion en los terminos de contrato. (70)

34. La Villa ha intentado hacer ineficàz este poderoso titulo del repartimiento, ponderando, que en la Instruccion particular, que por el Consejo de Poblacion se embiò al expressado Juez Repartidor, *no se previno cosa alguna sobre Montes.* (71) Y si de buena fee, como debia, huviera buscado este expresso mandato en la citada Real Cedula, è Instrucciones antecedentes, donde literalmente està, (72) y no en la Carta particular, donde no hace falta, sin duda, que no nos huviera puesto esta objecion; porque siendo indubitable, que en la Instruccion particular se le previno à aquel Juez: *observasse el orden contenido en la que se le havia dado, para los Lugares Realengos*, (73) y que en esta expressamente se le mandaba assignar à los Lugares *los Exidos, Terminos, y Montes, que necessitassen*; (74) serìa ociosa la numeracion expecifica de lo que se le havia mandado antecedentemente. Por esto no se le previno, y por lo mismo no merece aprecio este reparo.

35. Y quando à los Pobladores no se les huvieran aplicado las Dehessas, y Pastos tan expressamente, ni los Montes se huvieran con tanta individualidad comprehendido en la Real Cedula de concessiones, solo con el formal señalamiento de Termino, que à este Lugar se le hizo, por los Limites, que constan de su libro de Apèo, y possession dada por aquel Juez Repartidor, à nombre de su Magestad,

(63) Otero *de Pasc. cap. 9. n.* 1. *dict. l. 9. tit.* 28. *part.* 3. ibi: *Que son establecidos, è otorgados para prò comunal de cada Cibdad, Villa, ò Castillo, ò otro Lugar*, ubi D. Greg. *gloss. 6.*

(64) Memor. num. 34. fol. 11.

(65) Mem. n. 20. fol. 8. B.

(66) *L. 26. C. de Donat. int. vir. & uxor.* Antun. *de Donat. Reg. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 1. ibi: *Principis donationes vim legis habent.*

(67) Fontan. *de Pact. Nupt. claus.* 4. *gloss.* 10. *part.* 2. *n.* 92.

(68) D. Larr. *alleg.* 119. *num.* 10.

(69) Antun. *de Donat. Reg. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 20. & 21.

(70) Antun. *ubi supr. n.*8. D.Larr. *alleg.* 3. *n.* 8.

(71) Memor. num. 22. fol. 9.

(72) Memor. num. 11. & 20. fol. 3. & 8. B.

(73) Memor. num. 22. fol. 9. in medio.

(74) *Real Cedula de* 24. *de Febrero de* 571. Memor. num. 11. fol. 3. B.

tad, de todo su Territorio, y Dezmería, (75) bastaba para probar *ex abundanti* la legitima pertenencia; porque siendo la expressa constitucion de Territorio una formal asignacion de alimentos, que el Principe concede à las Universidades, (76) les es suficiente à los Pobladores, que aprobado, y señalado el Termino de este Lugar, se comprehendan los Montes dentro de su Demarcacion. (77)

36. Esta regla solo se limita, quando el Soberano manda expressamente reservar semejantes bienes en su Patrimonio; (78) lo que de ningun modo es adaptable à nuestro caso, por constar de la referida Cedula, que no se pudieron reservar, porque literalmente se mandaron repartir. (79)

37. Y es tan eficàz esta presumptiva concession, inferida del mismo hecho de tener Territorio, que no solo se tiene por exclusiva de qualquier derecho, que otro Particular, ò Comunidad intente probar, sino tambien del universal dominio, que su Magestad funda en todas las Tierras incultas, y eriales del Reyno; lo que no sucede en las que se hallan fuera de los Limites de algun Lugar, Villa, ò Ciudad. (80)

38. De modo, que con solo justificar los Pobladores, que à Jubrique se le asignò Territorio, (lo que es indubitable, como dirèmos despues à num. 54.) sin necessitar otro titulo, probarìan concluyentemente pertenecerles los Montes litigiosos; (81) siendo, como es, indisputable, que estos se contienen dentro de sus Mojones, Termino, y Demarcacion, segun resulta de los Apéos practicados en los años de 695. (82) y 732. (83) que sobre ser una prueba superior à todas, y la mas relevante, que conociò el Derecho, (84) se hallan ambos executoriados; el primero, por el Juez de Poblacion en 597. (85) y el segundo, por el Consejo en 735. (86)

39. No obstante, que este ultimo Amojonamiento se halla canonizado con la aprobacion, y Executoria del Consejo del año de 35. intentò el Defensor de la Villa impugnarlo al tiempo de la Vista, culpando al Juez de Comission, que lo executò, y queriendo persuadirnos, que se havia excedido en el modo de practicarlo. Arrojo, que nos fuè preciso oìrlo para creerlo, por vulnerarse con esto la suprema autoridad del Consejo, que en la referida Executoria de 35. *aprobò enteramente el ultimo Apèo, y Deslinde*. (87)

D Es

(75) Memor. num. 34. fol. 11.

(76) Trobat. *de Effect. Immemor. tom. 2. tit. 1. quæst. 3. n.* 86. ibi: *Vocaturque etiam talis territorij constitutio assignatio alimentorum Vassallis, quæ D. Rex tenetur facere, ut Pater.*

(77) Oter. *de Pasc. cap. 9. n. 5. & 6.* ibi: *Destinatione vero facta, vel approbatione Terminorum:::quidquid intra fines, vel maceriem illius Territorij assignati inventum fuerit, in dubio videtur ad Oppidum, seu Villam pertinere, & super eo fundat intentionem suam Universitas, non solum quoad dominium universale, sed etiam particulare.* Antun. *de Donat. Reg. part. 3. cap. 43. n.* 82. ibi: *Si enim agri inculti reperiantur intra fines Termini alicujus Civitatis, vel Oppidi pertinent ad Oppidum, vel Civitatem, quasi à principio ex prima concessione fuissent donati ad utilitatem Incolarum, & circa eorum dominium, & possessionem habet Civitas fundatam suam intentionem.*

(78) Antun. *ubi suprà num.* 83.

(79) Memor. num. 11. fol. 3. B.

(80) Antun. *loc. citat. n.* 81. ibi: *Sed hęc intelligenda sunt procedere in Terris eremis, & incultis existentibus extra limina alicujus Oppidi, vel Civitatis, tunc namque hujusmodi loca ad Regem pertinent.*

(81) D. Valenz. *cons.* 20. *num.* 40.

(82) Memor. num. 74. fol. 25.

(83) Memor. num. 90. fol. 31. B.

(84) D. Valenz. *cons.* 100. *n.* 2. & 3. Trobat. *de Effect. immem. tom. 2. tit. 1. quæst. 6. n.* 8.

(85) Memor. num. 76. fol. 26.

(86) Memor. num. 92. fol. 31. B.

(87) Memor. dict. num. 92.

40. Es imponderable desgracia de la Villa el hallar cerradas todas las puertas para su defensa, nada menos, que con los vinculos indisolubles de duplicadas Executorias! Pero por si acaso recurre al miserable efugio de decir, que solo pretende impugnar el Apèo de 695. advierta, para su total convencimiento, que este es el mismo, y està en todo conforme con el executado en el año de 732. (88) y asi son de igual firmeza, por mas que los controvierta, faltando al respeto, y religiosa observancia de la cosa juzgada.

(88) Addiciones al Memor. n. 11.

41. Otra objecion se nos hizo en la Vista de este Pleyto, con la expression contenida en el repartimiento particular de las Haciendas, donde se dice: *Que uno de los Linderos fuè el Monte, en el Pago de Monarda*; (89) y para dàr genuìna respuesta à este reparo, unicamente se necessita advertir, que en estos repartimientos se hallan tres classes diversas, esto es, ay en ellos tres possessiones distintas; en la primera se señalaron à los nuevos Pobladores las casas para sus habitaciones; en la segunda (erigida yà la Poblacion con el concepto formal de Universidad) se les diò la possession *de todo lo comprehendido baxo del Termino de este Lugar, con las Dehessas, Aguas, y Pastos* (90) *para el sostenimiento de sus Ganados*; segùn estaba prevenido en la Real Cedula de 24. de Febrero de 571. (91) y en la tercera les apropriò el Juez Repartidor las particulares Haciendas, y suertes *in individuo*, que havia de gozar, y cultivar cada uno para su diario sustento.

(89) Memor. num. 35. fol. 11.

(90) Memor. num. 34. fol. 11.

(91) Memor. num. 11. fol. 3. B.

42. A estas privativas Haciendas, y Heredades, sirviò de Lindero el Monte en el Pago de Monarda, para deslindar, y amojonar algunas de ellas; (92) pero no pudo ser natural Limite, que dividiesse el Termino, Dezmerìa, ò Territorio de este Pueblo, por constar de las Vistas de ojos practicadas en 693. y 732. que los Montes litigiosos estàn incluìdos en su Demarcacion, (93) y que los Mojones, por donde èsta se encuentra deslindada oy, son los mismos, que se hallaron al tiempo del repartimiento.

(92) Memor. num. 35. fol. 11.

(93) Memor. num. 74. fol. 25. & 30. fol. 31. B.

43. Con que si hemos de creer à estos Apèos, siendo conformes, y estando ambos executoriados, no ay arbitrio para afirmar, que el Monte, que se dice sirviò de Lindero à las suertes de Poblacion, no se incluyò en el señalamiento, y adjudicacion que se les hizo à los primitivos Pobladores de todo lo comprehendido baxo del Termino de

este

este Lugar, (94) para que lo disfrutassen, no privadamente, sino en comun, *ut diximus num.* 30.

§. II.

TAMBIEN SE PRUEBA LA PERTENENCIA de los Montes por la Escritura de dacion à censo, otorgada por el Consejo de Poblacion en el año de 577.

44. PERO no solo del relevante titulo, que produxo la referida Real Cedula, y el repartimiento, que en su virtud se hizo, prueba este Lugar la propriedad, y dominio de sus Montes, sino tambien de la Escritura de Venta, que posteriormente otorgò à su favor el Consejo de Poblacion de Granada en 8. de Julio de 577. reduciendo à dinero el censo, que por el expressado repartimiento se havia reservado solamente en frutos. Porque en ella se dixo, venderseles à los nuevos Pobladores *las Casas, Tierras, Viñas, Huertas, Olivares, ARBOLEDAS, y toda la demàs Hacienda, que en aquel Lugar, y su Termino pertenecia, y podia pertenecer à su Magestad en qualquier manera, que fueron de los Moriscos alzados, y llevados, excepto los Molinos de Pan, y Azeyte, &c.* (95) De esta clausula, y venta universal, prueba Jubrique la pertenencia de los Montes litigiosos por quatro eficacissimos medios. El primero, porque siendo general la venta respectiva à su Termino, y à quanto comprehendiesse su Territorio, y siendo incontrovertible por los Apèos executoriados, que los Montes se incluyen dentro de sus Limites, y Mojones, (96) es indubitable, que se concedieron, sin otra limitacion, que la que contienen sus fines. (97)

45. La Ley Real (98) nos dà evidente prueba de esta verdad; porque explicando las clausulas regulares con que suelen hacerse las mercedes, ò ventas à los Pueblos, (que de uno, y otro caso habla, segun el Matienzo en su glossa (99)) previene, que quando el Principe concede generalmente quanto tiene en los Terminos de ellos, se entienden enagenadas todas las Heredades, y qualquiera bienes immuebles, que le puedan pertenecer. (100)

46. Sin que sirva de reparo, que asi como en la Escritura se expecificaron *las Casas, Tierras, Viñas, &c.* se pu-

(94) Memor. num. 34. fol. 11.

(95) Memor. num. 46. & 48. fol. 13.B.

(96) Memor. num. 24. fol. 25. & num. 90. fol. 31. B.

(97) *L. Æde Sacra 73. §. 1. ff. de Contrab. Empt.* ibi: *Intra maceriem sepulchrorum hortis, vel cæteris culturis, loca pura servata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinent.*

(98) *L. 1. tit. 10. lib. 5. Recop.*

(99) *Gloss. 21. num. 27. & 30.*

(100) *Ead. leg. in fin.* ibi: *Y si en los tales Privilegios, Cartas, y Mercedes no fueren puestas dichas palabras, sino otras, que le dà, y dona la tal Villa, ò Lugar, con todos sus derechos, QUE EN EL, Y EN SUS TERMINOS EL REY HA, Y DEBE HAVER EN QUALQUIERA MANERA, entiendase, que no le dà la justicia por las dichas palabras, salvo solamente las rentas, y derechos de la tal Heredad, y las calumnias, Y HEREDADES, QUE EL REY TUVIERE EN LA TAL VILLA, O LUGAR.* D. Amaya *l. 2. C. de Bonor. Vacant. lib. 10. num. 19.*

pudieran haver denominado los Montes, infiriendo del Hecho de no haverlos mencionado la renuencia en concederlos; pues esta objecion se desvanece; lo primero, porque en concessiones, ò ventas universales, la individual nominacion de algunas cosas particulares comprehendidas en el todo, que se vende, ò se concede, no las disminuye, antes bien se entienden relacionadas *ex abundanti*: (101) y lo segundo, porque quando la alhaja de que se trata tiene limites determinados, como se verifica en este Pueblo, es infructuosa la numeracion especifica de cada una de las cosas incluìdas en sus Terminos. (102)

47. El segundo medio que sufraga à este Lugar, es la general de pertenencias, pues expressandose en la Escritura, que con los bienes especificados en ella, se le concedia *toda la demàs Hacienda, que en su Termino pertenecia, y podia pertenecer à su Magestad en qualquiera manera*, no ay duda, que à lo menos, por este titulo, se vendieron los Montes litigiosos; porque supuesta la diferencia de pertenencias proximas, y remotas, que ponen los AA. (103) y que los Montes, y Pastos pertenecen à la segunda classe, (104) se entienden incluìdos en las mercedes, y enagenaciones, que su Magestad hace siempre que concede todo lo que en el Territorio de un Pueblo le pertenece. (105)

48. Esta regla milita en nuestro caso con superior razon, por la expressa asignacion, y repartimiento de *Dehessas, Pastos, y Prados*, que anteriormente havia hecho Don Juan de Mesa Altamirano en el año de 572. (106) en cumplimiento de la Real Cedula, que precediò, por la que se mandaron aplicar à los Lugares *los Exidos, Terminos, Y MONTES, que parecieran ser necessarios, segun la Poblacion, y Vecinos.* (107)

49. No es menos eficàz el tercer medio, deducido del poderoso argumento, que resulta de la Clausula de la Escritura, por el especial cuidado con que, al expressar en ella lo que se vendia, *se exceptuaron los Molinos de Pan, Y Azeyte*; (108) sin duda, porque siendo la venta universal, se entendieran vendidos, si literalmente no se huvieran exceptuado. (109) Con que de la expressa exclusion de los Molinos se infiere legitimamente la tacita inclusion de los Montes litigiosos, (110) como comprehendidos en el Territorio de este Pueblo; por ser Dogma juridico, que la excepcion de algunas cosas, en disposiciones generales, y com-

(101) L. 12. §. 46. ff. de *Instruc. vel Instrum. leg.* ibi: *Utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quæritur? Et Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum.*

(102) *L. 26. tit. 2. part. 3.* ibi: *Diciendo señaladamente qual, con todos sus Terminos, è con todas sus pertenencias, è non ha porque decir cada una cosa de lo que le pertenecieße.*

(103) Menoch. *de Præsumpt. lib. 3. presumpt. 99. n. 7. & seq.*

(104) D. Amaya *ubi sup. num. 22.*

(105) Idem Amaya *eod. n. 22. & 23.* ibi: *Si Princeps concedit Castrum cum pertinentijs suis etiam videatur concedere molendina, tanquam accessoria ejusdem, item Flumina, NEMORA, venationes, aucupationes, PASCUA, & alios proventus.*

(106) Memor. num. 34. fol. 11.

(107) Memor. num. 11. fol. 3. B.

(108) Memor. num. 46. fol. 13.

(109) D. Amaya *ubi supr.* ibi: *Etiam videatur concedere MOLENDINA.*

(110) *Ex l. 12. §. 43.* verf. *Denique, ff. de Instruc. vel Instrum. leg.* ibi: *Qui hęc excepit, non potest non videri de cœteris rebus, quę in ea essent sensisse. L. 4. §. fin. ff. de penu. leg.* ibi: *Si cui penus legata sit præter vinum, omnis penus legata videtur, excepto vino.*

comprehensivas de muchas, constituye regla para todas las omisas. (111)

50. Y si solo se vendieron aquellas cosas, que *nominatim* se especificaron, y no las que se omitieron: para què tanto cuidado en exceptuar los Molinos, no haviendose antes numerado? No bastarìa haverlos omitido, para que no se entendiessen enagenados? Sin duda que no; porque siendo universal la venta respectiva al Termino de este Lugar, y concediendose por su Magestad *quanto podia pertenecerle en qualquier manera*, fuè preciso exceptuar literalmente los Molinos, para excluìr à los Pobladores del aprovechamiento de ellos.

51. Finalmente, sin recurrir à la virtual, ò implicita concession, que hemos fundado por los tres medios referidos, la tenemos expressa en la Escritura; porque en ella, no solo se vendieron à los Pobladores las *Casas*, *Viñas*, *Huertas*, *y Olivares*, sino tambien las *ARBOLEDAS*; (112) en cuya palabra (como deribada de la voz latina *Arbor*, que significa todo genero de Arboles, aunque sean Encinas, segun el Ambrosio Calepino (113)) es indubitable, que se comprehendieron los Montes. Mayormente quando esta palabra Castellana *Arboledas* denota Sitios, ò Bosques poblados, y sombrìos, que corresponde à la voz Latina *Nemus*, nombre generico, y significativo de todas especies de plantas, assi silvestres, como fructiferas. (114)

52. Con que en estos terminos, serà conocida temeridad de la Villa, querer concretar la venta solo à los Arboles frutales, siendo esta palabra *Arboledas* significativa, por su naturaleza, de todas especies, aunque sean Encinas, Quexigos, ò Alcornoques; y mas estando los primeros especificados en la Escritura con sus nombres proprios, y privativos. De que parece se prueba con evidencia, assi de la Real Cedula de 24. de Febrero de 571., (115) en cuya virtud se hizo à este Lugar el expresso repartimiento *de Dehessas*, *y Pastos* en el año siguiente de 72. (116) como de la Escritura de dacion à censo, otorgada à su favor en el de 577. (117) que se le concedieron, y vendieron los Montes litigiosos.

53. Bien conoce la Villa lo sòlido, y poderoso de estos Titulos, y assi recurre à negar dos supuestos certissimos: El primero es, que este Lugar tenga Termino; y el segundo, que los Montes litigiosos perteneciessen, en lo antiguo,

(111) *Juxta vulgare axioma exceptio firmat regulam, &c.*

(112) Memor. num. 46. fol. 13.

(113) *Diccion. ling. latin.* verb. *Arbor.* ibi: *Cujusmodi sunt Olea vitis, QUERCUS, & similes.*

(114) Otero *de Pasc. cap. 1. n. 25.* ibi: *Nemus etiam nomen genericum est, quamlibet arborum voluptariam, amœnamque congeriem comprehendens, sivè pastui, sivè fructibus percipiendis, sivè tantum delicijs, aut amœnitati applicetur, aut deserviat.*

(115) Memor. num. 11. fol. 3. B.

(116) Memor. num. 34. fol. 11.

(117) Memor. n. 46. & 48. fol. 13.

guo, à los Moriscos; para inferir, que aunque se le repartiò lo que incluìa su Termino, se falsifica no teniendolo; y que si se les mandò dàr à los Pobladores lo perteneciente à los Moriscos, no siendo de estos los Montes, no se les pudieron repartir.

54. Para responder à lo primero, es preciso suponer, que la asignacion de Territorios es tan antigua, como el Derecho de Gentes, de donde dimana, (118) por lo que se debe presumir, que todos los Pueblos los tienen desde su primitivo origen; y aunque para justificar este Hecho, por ser de dificilissima probanza, (119) basta la semiplena, (120) es de classe superior la que favorece à este Lugar; porque si en hechos antiguos dos enunciativas, halladas en distintos Instrumentos, y sin sospecha alguna, constituyen plena probanza, (121) en nuestro caso tenemos muchas mas.

55. La primera, en la possession, que en el año de 572. diò à los nuevos Pobladores el Juez Repartidor del *Termino, y Jurisdiccion* de este Lugar: (122) La segunda, en la Escritura de dacion à censo, otorgada por el Consejo de Poblacion, en la que se les vendiò toda la Hacienda, *que en su TERMINO pertenecia à su Mageestad en qualquier manera.* (123)

56. La tercera (y que se puede llamar prueba insuperable) se encuentra en el libro de Apèo, que se formò al tiempo de practicar el repartimiento, donde se puso en parrafo separado el Territorio de este Lugar, y los limites que tenia, expressando, que confinaba con *Marbella, Benarrabà, y Ronda.* (124)

57. La quarta, se evidencia del Apèo del año de 693. que se hizo por los mismos Linderos, que se hallaron al tiempo de la Poblacion; (125) siendo los Mojones prueba tan relevante del Termino, y Territorio de qualquier Pueblo, que equivalen à Instrumentos publicos; (126) y la ultima, è indubitable confirmacion de esta verdad, es la Demarcacion, y Deslinde, executado de orden del Consejo en el de 732. que siendo en todo conforme con el de 693. (127) se halla *enteramente aprobado*, y executoriado en 20. de Abril de 735. (128)

58. Con que evidentemente se infiere, que este Lugar tiene Termino, y Territorio, nada menos, que por tres Apèos conformes, y dos enunciativas, la mas moderna

(118) *L. 2. tit. 1. part. 1.* ibi: *Ca por tal derecho como este, cada un home conoce lo suyo apartadamente, è son departidos los Campos, è los Terminos de las Villas. L. 5. ff. de Just. & Jur.*

(119) Fermos. *in cap. Cum causam 13. de Probat. n. 20. & 21.*

(120) D. Gonz. *in dict. cap. 13. n. 8.* Geron. de Monte. *Tract. Finium Regund. cap. 50. n. 2.*

(121) D. Castill. *lib. 6. Contr. cap. 123. n. 8. & 9.* Noguer. *alleg. 25. n. 258.*

(122) Memor. num. 34. fol. 11.

(123) Memor. num. 46. fol. 13.

(124) Memor. num. 33. fol. 11.

(125) Mem. num. 74. fol. 25.

(126) D. Valenz. *cons. 100. n. 93. & 94.* Hieron. de Monte *in Tract. Fin. Regund. cap. 15. n. 14.* ibi: *Termini apparentes loco instrumentorum publicorum habentur.*

(127) Addicion al Memor. num. 11.

(128) Memor. num. 87. fol. 30. B.

na de 166. años. Y aunque todos los Apèos prueban con evidencia el Termino, ninguno de ellos demuestra su principio; y asi nos debemos persuadir, que lo tuvo desde su primitiva fundacion, por ser proposicion, que corre sin contradictor en el Derecho, que siempre que aparece deslindado un Territorio, sus Mojones se presumen, no modernos, sino puestos *ab antiquo*. (129)

59. Toda esta relevante prueba la pretende desvanecer la Villa, con una clausula, mal entendia, del Apèo de Peñalosa, donde hablando de este Lugar dixo: *Parece que no tiene Termino distinto, y que es de la Jurisdiccion de Casares.* (130) Y aunque podiamos responder, que esta expression estendida con la impropriedad de *parece*, (de que ay mucha distancia à lo que en realidad es (131)) y hecha quando este Lugar se hallaba despoblado, y no podia reclamarla, ni contradecirla, no es capaz por sì sola de contrarrestàr los poderosos fundamentos que hemos referido, y mas quando algunos de ellos han merecido la aprobacion del Consejo: (132) sin embargo, se satisface concluyentemente, entendiendo las voces de esta clausula, no superficialmente, como quiere la Villa, sino en el proprio sentido, que aquel Juez las pronunciò; pues siendo cierto, que ay dos generos de Terminos, uno particular, y otro general, (133) y que este es alusivo, y significativo de Jurisdiccion, (134) como este Lugar no la tiene, por su desgracia, y reside en la Villa, como en cabeza de Partido, dixo Peñalosa, que carecia de Termino general, esto es, que no tenia Jurisdiccion.

60. Que esta fuesse la mente de aquel Juez, nos lo evidencia la clausula, que èl mismo puso en el Apèo de Genalguacil, donde expressò: *Parece que no tiene Termino distinto, PORQUE es de la Jurisdiccion de Casares*; (135) dando por causal el no tener Jurisdiccion, para afirmar, que no tenia Termino, como si dixera: no tiene Termino, porque no reside en èl la Jurisdiccion. Con que es evidente, que hablò en muy distinto sentido del que le dà la Villa, pues no intentò negar Peñalosa, que este Lugar tenia Territorio; y asi vemos, que quando hablò de Termino particular, ò Dezmerìa deslindada (que es una misma cosa) dixo: que el Lugar de Genalguacil tenia diversas suertes, y Haciendas *en la Dezmerìa de Casares*. (136) Y si no huviera mas Territorio, que el de la Villa, para no contrade-

(129) D. Valenz. *consil.* 100. *n.* 30. & 31. Monte. *Tract. Finium Regund. cap.* 21. *num.* 1.

(130) Memor. num. 15. fol. 5. B.

(131) Calvin. Lexic. verb. *Videri*.

(132) Mem. n. 87. fol. 30. B.

(133) Trobat. *de Effect. immem. tom.* 2. *tit.* 1. *quest.* 3. *n.* 1.

(134) Parej. *de Instrum. Edit. tit.* 2. *resol.* 9. *n.* 1. & 2. *tit.* 6. *resol.* 9. *n.* 45. & 46.

(135) Memor. num. 14. fol. 5.

(136) Memor. ubi suprà.

decirse, era preciso, que dixesse, quando deslindò las Haciendas, que estaban en el Termino de ella, y no en las Dezmerìas de los Lugares, si estas no eran lo mismo, que Territorios. Y quedando suficientemente desvanecido este reparo, y probada la innegable existencia del Termino de este Pueblo, passamos à responder la otra objecion.

§. III.

QUE LOS MONTES PERTENECIERON A LOS Moriscos antes de su rebelion.

61. CON otra proposicion contenida en el Apèo de Peñalosa, en que dixo: *Parece que no ay Dehessa cerrada, ni Valdìo, que fuesse proprio de los Moriscos* (137) quiere la Villa negarnos esta verdad. Y para salir de su error, debiera saber la notable diferencia, que ay entre pertenecer los Pastos, y Montes à las Universidades, teniendo los Vecinos solo el aprovechamiento de ellos, y el ser privativos, y proprios de los Particulares individuos; (138) porque en el primer caso se reputan, y son verdaderamente bienes publicos, destinados para el aprovechamiento comun: (139) Y de este modo dice Jubrique, que le pertenecen los Montes litigiosos, y que fueron antiguamente de los Moriscos; y en el segundo tiene el Vecino, cuyos son, el dominio de ellos, como en los demàs bienes suyos; (140) y en este sentido hablò Peñalosa en su Apèo, negando, que huviesse Dehessa propria de algunos Moriscos particulares, como no la ay oy privativa de los Pobladores, sino perteneciente al Concejo, de que se aprovechan en comun todos los Vecinos de este Pueblo.

62. Con la advertencia, que esta certificacion del Apèo de Peñalosa (puesta en Autos à pedimento de la Villa (141)) tiene contra sì una vehementissima presuncion de falsedad; porque en los libros originales de Apèos, (de donde se copiaron à la letra los presentados en este Pleyto) siendo assi, que en ellos individualmente se relacionaron quantas circunstancias contenia el Deslinde hecho por Peñalosa, no se hallan las clausulas antecedentes, (142) que motivan estas tan dèbiles objeciones, por lo que no puede tener aprecio, ni es capaz de contrarrestar la fee, que se merecen los libros de Apèo, à quienes, como Instrumen-

tos

(137) Memor. num. 15. fol. 5. B.

(138) Rubric. *Cod. de Pasc. public. lib.* 11.

(139) *Leg. 9. tit. 29. part. 3.* Oter. *de Pasc. cap. 2. n. 6.*

(140) *L. 2. C. de Pasc. public. & privat.* ibi: *Si etiam Prata privatorum.* Oter. *ubi supr. num. 9.*

(141) Addic. al Memor. n. 1.

(142) Addicion num. 2.

tos mas dignos, debemos dàr entero credito; (143) y mas hallandose en ellos deslindado el Termino, y Territorio; (144) pues faltando este indispensable requisito en la Certificacion referida, se conoce con evidencia la falsedad de ella. (145)

63. Y quando fuesse certissima esta Certificacion, y que Peñalosa dixesse, *que no tenian los Moriscos Dehessa, ni Valdìo proprio*, hablò de los Particulares, y no de la Universidad, y Concejo, pues à èste, y à los Moriscos en comun, se prueba concluyentemente, que les pertenecian los Montes: lo primero, del mismo hecho de tener Territorio, y Termino amojanado, y distinto, quando se hizo el Deslinde por Peñalosa en Febrero de 572. (146) de que legalmente se infiere, (mientras la Villa no pruebe con evidencia lo contrario) que los Montes litigiosos pertenecian à los Moriscos antes de su rebelion, estando aquellos incluídos en la Demarcacion de este Lugar, que por esta razon fundada de Derecho, no solo contra otro particular, ò Pueblo, sino tambien contra el Real Fisco, *ut probatum manet num. 35. & sequentib.* lo segundo, de la Real Cedula de 571. y el repartimiento que en su virtud mandò hacer el Consejo de Poblacion; porque previniendose por su Magestad, que se asignassen à las nuevas Poblaciones *los Exidos, y Montes*, que fueron de los Delinquentes, y haviendo aquel Consejo, arreglandose à este Decreto, repartido à los Pobladores *quanto se comprehendia en el Termino de este Lugar*, segun consta de la possession dada por el Juez Repartidor, y la Escritura de Venta posterior, (147) forzosamente ha de confessar la Villa, ò que los Montes pertenecian à los Moriscos antiguamente, y como tales se pudieron repartir, y vender à los Pobladores, ò que se excediò el Consejo de Poblacion, y repartiò, y vendiò lo que no debiò, ni pudo; cosa que no harà vèr la Villa, ni menos se atreverà à proferirla, sin incurrir en una punible temeridad.

64. Lo tercero, (à lo menos en quanto à la mayor parte de los Montes litigiosos) se prueba de los Apèos practicados en los años de 693. y 732. por declarar en ellos los Peritos, que las mas Haciendas, y suertes, que fueron Viñas en lo antiguo, y lo eran al tiempo del repartimiento, se hallan al presente pobladas de Arboles, y reducidas à Monte. (148) Con que es consiguiente, que aquellas Tierras

(143) *Ex leg. Optimam, C. de Contrah. & commit. stipult.* Parej. *de Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 5. *num.* 44.

(144) Memor. num. 33 fol. 11.

(145) *Ex leg.* 1. §. 4. *ff. de Edend. ubi Gloss.* verb. *Edere*, Parej. *tit.* 5. *resol.* 1. *n.* 69. & 70.

(146) Memor. num. 33. fol. 11.

(147) Memor. num. 34. fol. 11. & num. 46. fol. 13.

(148) Memor. num. 90. fol. 31. B.

ras fuessen proprias de los Moriscos, y las Plantas, que incluyen oy pertenezcan à estos Pobladores, por el vulgar axioma juridico: *Quod in re mea nascitur.*

65. Y ultimamente se prueba de la misma Cedula, expedida en el año de 635. en cuya virtud, dice la Villa, que comprò los Montes litigiosos, pues mandandose en ella vender solamente *los bienes confiscados à los Moriscos,* (149) nos ha de conceder, que, ò los Montes fueron de estos, ò no; si fueron: luego pudieron repartirse, y venderse anteriormente à los Pobladores de este Lugar, como se hizo; y si no, tampoco se le pudieron vender à la Villa, pues su Magestad solo mandò enagenar de la Corona los Arboles, y Montes *proprios de los Moriscos, y que no se havian repartido.* (150) De cuyas dos precisas qualidades, aunque en este caso se verifica la primera, falta absolutamente la segunda, porque los Montes se repartieron, y vendieron à este Lugar, y sus primitivos Pobladores, como dexamos fundado en los dos §§. primeros de este punto.

(149) Memor. num. 43. fol. 18.

(150) Memor. ubi suprà.

66. No serà estraño, segun la inconsequencia, y complicada ofuscacion con que la Villa procede, que afirme eran suyos los Montes antiguamente, para negar perteneciessen à los Moriscos antes de su rebelion; y por si incurriere en este error, diganos para què los comprò en el año de 637. si: *Quod meum est, amplius meum fieri non potest?*

67. Convencida la Villa por tantos medios, con igual desgracia, recurre à decir, que los Montes litigiosos fueron Valdìos, y Realengos, y assi su Magestad pudo muy bien enagenarlos; queriendo, con esta voluntaria assercion, desvanecer los poderosos Titulos, que tiene este Lugar, para probar el dominio de ellos. Y aunque de lo antecedentemente fundado se evidencia la incertidumbre de esta proposicion, no hemos de omitir una Executoria del año de 694. que està condenando à la Villa à perpetuo silencio en este assumpto. (151)

68. Porque haviendo intentado ante el Juez de Poblacion, que se inhibiesse del conocimiento de este Pleyto, con el pretexto de ser los Montes Valdìos, y Realengos, (152) denegado este Articulo, con Provision que ganò del Consejo, vinieron los Autos originales: y por Decreto de la Junta de Presidios, y Visitas del Reyno de Granada (à quien privativamente pertenecia el conocimiento de la Hacienda de Poblacion, (153) se mandaron debolver los Autos

(151) Addicion al Memor. num. 8.

(152) Memor. num. 5.

(153) Addicion num. 6.

tos al Juez Protector, *advirtiendole admitiesse para la Junta las apelaciones.* (154) Y esto despues de seguida una prolija instancia, en que las Partes alegaron de su derecho, y presentaron sus respectivos Titulos de pertenencia. (155)

69. De esta inhibicion del Consejo, y devolucion de Autos al Juez inferior, quedò executoriado, que los Montes no eran Valdìos, ni Realengos, y sì Bienes, y Hacienda de Poblacion; porque siendo esta la qualidad atributiva de Jurisdiccion, assi de aquel Protector de Granada, como de la Junta de Presidios, y Visitas, *ante omnia venit discutienda, & probanda*, (156) assi por causar este previo conocimiento los poderosos efectos de cosa juzgada en las pretensiones, que posteriormente pueden deducir las Partes, como por ser propriamente causa perjudicial. (157)

70. Pero quando (sin perjuicio de la verdad) los Montes fuessen rigurosamente Realengos, tampoco se le pudieron vender à la Villa en el año de 635. por ser inquestionable, que desde la concession, que el Reyno hizo à su Magestad en las Cortes del año de 609. de los 17. millones, y medio, que se prorrogò en el de 632. se puso por precisa inviolable condicion, que en adelante no se havian de poder vender *Tierras Valdìas, ni Arboles, ni el fruto de ellos*, quedando su uso, y aprovechamiento para los Vecinos de los Pueblos, en cuyo Territorio estuviessen. (158)

71. No necessitaba este Lugar de otro Titulo (hallandose los Montes comprehendidos en su Termino) para justificar su pertenencia, (159) quando no tuviera tantos con que probarla; y mas haviendo su Magestad empeñado su fee, y palabra Real en el cumplimiento de las Condiciones de Millones, (160) las que solo puede dispensar el Reyno junto en Cortes, (161) sin duda, porque siendo paccionadas con èl *ex causa onerosa*, contienen justicia natural con obligacion reciproca. (162) Con que si los Montes eran Realengos, no se pudieron vender à la Villa en el año de 635. por pertenecer antes à este Lugar en fuerza de las Condiciones de Millones; y si fueron de los Moriscos (que es lo cierto) legitimamente se les assignaron à los Pobladores en virtud de la Real Cedula de 571. y son indisputablemente suyos desde el de 572. y 577. en que se les repartiò, y vendiò todo lo comprehendido en el Termino de este Pueblo. (163)

(154) Addicion num. 8.

(155) Addicion num. 7.

(156) *Ex leg.* 2. §. *Sed si dubitatur* 6. *ff. de Judic. leg. Si quis ex aliena, ff. eod. leg.* 2. *tit.* 7. *part.* 3. D. Salg. *de Protect. part.* 1. *cap.* 2. §. 5. *n. fin. & part.* 2. *cap.* 4. *n.* 44. *& part.* 3. *cap.* 11. *n.* 53.

(157) D. Larr. *alleg.* 64. *per totam.*

(158) Quadern. de Millones *Cond.* 18. *quinto gen. que est lex* 11. *tit.* 5. *lib.* 7. *Recop.*

(159) Parej. *de Instrum. Edit. tit.* 5. *resol.* 9. *à n.* 136. *usque in fin.*

(160) *Ead. lex* 11. *tit.* 5. *lib.* 7. *Recop.*

(161) *Condic.* 78. *ejusdem* 5. *gener.*

(162) Antun. *de Donat. Reg. part.* 2. *cap.* 24. *n.* 13. ibi: *Tunc ex leges, quæ pactionatæ dicuntur, transeunt in contractum, & non possunt à Principe revocari, neque ab ejus successore, cum tales leges habeant justitiam naturalem, qua uterque obligatur.*

(163) Memor. num. 34. fol. 11. & num. 46. fol. 13.

PUN.

PUNTO SEGUDO.

QUE LA VILLA NO PUEDE FUNDAR derecho alguno en la Eſcritura de Compra, y demàs Papeles que preſenta.

§. I.

72. NO obſtante que de lo expueſto en los parrafos antecedentes ſe reconoce, à todas luces, el ningun derecho, que la Villa de Caſares puede fundar al dominio de eſtos Montes, por pertenecer à los Pobladores de Jubrique deſde el año de 572. en virtud del repartimiento, y la Eſcritura de Cenſo, que en el de 577. les otorgò el Conſejo de Poblacion: apela la Villa, como à unico patrocinio ſuyo, à la Eſcritura de Venta, que, à nombre de ſu Mageſtad, celebrò con ella en 637. el ſeñor Gudiel y Peralta, de todos los Montes de ſu Juriſdiccion, en la que ſe incluyeron los litigioſos. (164) Pero eſta venta (que ha ſido la culpa original de eſte Pleyto) como hecha de coſa agena, aunque *mero jure* valieſſe (165) en la ſubſtancia fué nula, y de ningun efecto.

73. Pues como contrato, que ſolo ſubſiſtiò *de facto, & non de jure.* (166) no pudo perjudicar à eſtos Pobladores, que por legitimos, y anteriores Titulos eran verdaderos dueños de eſtos Montes; cuyo irrevocable derecho quedò ileſo en todo, ſin que pudieſſe minorarſe, ni extinguirſe por la enagenacion practicada de ſus proprios bienes. (167) reſpetuandoſe ſemejantes ventas ſolo al juicio de eviccion, y à las reciprocas perſonales obligaciones, que ſe verſan entre Vendedor, y Comprador, para repetir èſte el ſolo precio, ò el total intereſſe, para lo que ſe atiende ſu buena fee, mas no para dàr validacion à un Titulo *ab initio* nulo, por defecto de dominio en el Vendedor. (168)

74. Y aſsi no ſe pudo ſubſanar la notoria nulidad de eſta venta, con la confirmacion poſterior, que hizo de ella ſu Mageſtad, y demàs aprobaciones, que le ſubſiguieron; porque ſiendo ſubſtancialmente defectuoſa en ſu raìz, y origen, ni convaleciò, ni pudo ſer confirmada, ſegun el principio elemental de Derecho, de que la confirmacion, aunque autoriza el acto, *nihil de novo dat, ſed datum confirmat.* (169) Con que dexandolo en el eſtado que lo hallò, no puede preſtar firmeza, y validacion à lo que por ſu naturaleza era nulo; (170) porque como el exercicio de la Po-

(164) Memor. num. 54. fol. 18. B.

(165) *L. Rem alienam* 28. *ff. de Contrah. Empt.*

(166) Rebuf. *in repet. leg. unic. C. de Sentent. quę pro eo quod inter. ſuper gloſſ.* verb. *Dupli n.* 35.

(167) *Dict. leg. Rem alienam* 28. *de Contrah. Empt. l. Qui officij* 62. *§. Qui neſciens eod. tit. leg.* 19. *tit.* 5. *part.* 5. ubi Herm. *gloſſ.* 1. *n.* 6. Anton. Gom. *lib. Var. cap.* 2. *n.* 8.

(168) DD. ſupra relati D. Salgad. *Labyr. Credit. part.* 2. *cap.* 22. *n.* 11. Gutierr. *Canon. lib.* 2. *cap.* 23. *n.* 25. ibi: *Pręterea bona fides ementis non validat titulum ab initio nullum ex defectu dominij venditoris.*

(169) *Ex leg.* 1. *§. Si quis, ff. ut legat. nom. caveant. l. Si ſtipulatus, §. verum, ff. de Uſur.* D. Larr. *alleg.* 73. *n.* 4.

(170) *L.* 2. C. *de Offic. Præfect. Afric.* ibi: *Ut bene facta confirmemus.* D. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 21.

poteſtad Regia conſiſta, y reſplandezca mas en la proteccion de los Vaſſallos, que en poder deſpoſſeerlos de lo que privativamente es ſuyo: ſiempre las ventas que ſu Mageſtad otorga, ſe entienden ſin perjuicio de tercero; (171) clauſula, que con ſuperior razon ſe halla expreſſa en la confirmacion de eſta Eſcritura, y las poſteriores, (172) porque la Comiſsion dada al ſeñor Gudiel (*ut notabimus num. 65.*) ſe circunſcriviò à los Bienes, y Arboles no repartidos, atendiendo à la Real Cedula de 571. que generalmente mandò repartir, y ſeñalar à los Lugares, no todos los Montes, ſino aquellos, que neceſsitaſſen, ſegun la Poblacion, y Vecinos. (173)

(171) D. Molin. *ubi ſupr.* D. Salg. *de Reg. part.* 2. *cap.* 14. *n.* 19.

(172) Memor. num. 61. fol. 22. in med.

(173) Memor. num. 11. fol. 3. B.

75. Aſsi lo cumpliò el Conſejo de Poblacion al tiempo de practicar los repartimientos, pues previno, que en los Lugares donde ſe huvieſſen de hacer Deheſſas, para el aprovechamiento del Concejo, *en Valdìos, que no ſe huvieſſen repartido*, lo hicieran dentro de dos años. (174) Con que era conſiguiente la referida Comiſsion, para reintegrar al Real Fiſco en aquellos bienes, que, no haviendoſe repartido, eſtuvieſſen uſurpados; ſin que ſe pueda entender, que la mente de ſu Mageſtad fueſſe perjudicar los Pobladores, ni vulnerar los repartimientos, deſpoſſeyendo à aquellos de lo que ſe les huvieſſe deſtinado en eſtos *intuitu populationis*, con la carga del Real Cenſo, y otras penſiones de mantener Armas, y eſtàr expueſtos al ſocorro de las Coſtas, que no con menos gravamenes ſe repartiò la Hacienda de Poblacion en el Reyno de Granada, deſpues de la ultima rebelion de los Moriſcos.

(174) Memor. num. 28. fol. 10.

76. Puede ſer que la Villa intente probar, que la confirmacion de la Eſcritura, en que ſe funda, ſe hizo *ex certa ſcientia*; pero para fundamentar eſte penſamiento, no ſolo le obſta la literal clauſula, que en ella ſe puſo, de que fueſſe ſin perjuicio de tercero, y que la Cedula, que motivò la venta, hablò unicamente de bienes no repartidos, ſino tambien el que, aunque ſe inſertaſſe la Eſcritura en la confirmacion de ella, eſto ſolo ſe atribuye al eſtilo de las Secretarìas, y no à la mente de ſu Mageſtad. (175)

(175) D. Larr. *alleg.* 73. *n.* 7. ibi: *Et ut confirmatio non ſit in forma communi, ſed ex certa ſcientia, non ſufficit tenorem emptionis in hoc caſu tranſcribi in confirmatione, ut aliqui contra expendebant, quia in Hiſpania magis tribuendum Officialium ſtilo, quam Principum voluntati, & ideo ſemper Principis intentio prævalere debet, ex qua non apparet aliquid novi addere voluiſſe. L.* 2. *tit.* 18. *part.* 3.

77. Ademàs de la nulidad expreſſada, ſe halla eſta Eſcritura redarguida civilmente de falſa, y no comprobada con ſu original; y aſsi, ni puede hacer prueba en juicio, ni es capàz de merecer aprecio, por ſer indubitable, que redarguido de falſo un Inſtrumento, ſe debe recurrir al Pro-

Protocolo, para ſubſanar el vicio de falſedad opueſto, haciendo la comprobacion con la Matriz, ò Regiſtro, (176) que queda en las notas del Eſcrivano ante quien ſe celebrò el contrato. (177)

78. Contra eſta invariable regla, que preſcrive el Derecho en ſemejantes caſos, intentò la Villa darnos eſte Inſtrumento falſo, con apariencias de verdadero; y para conſeguirlo, (viendo, que en el año de 91. havia preſentado eſta Eſcritura, como legitimo titulo de ſu pertenencia, y que redarguida de falſa no ſe comprobò en manera alguna, (178)) preſentò en 734. nueva copia de ella, (179) ſacada ſin citacion de la que ſe guarda en ſu Archivo privado, por lo que pidiò Deſpacho para comprobarla, y lo hizo con el miſmo traslado de ſu Archivo, de donde ſe copiò, expreſſando el Eſcrivano, que practicò eſta comprobacion, *què cotejada con ſu original, no le falta coſa alguna.* (180)

79. Para convencer de inapreciable, aſsi eſte cotejo, como los Inſtrumentos de que ſe hizo, baſta advertir, que las dos Eſcrituras de Venta, celebradas con la Villa por Don Franciſco Enriquez de Roxas, y Don Luis Gudiel y Peralta, ſe otorgaron, aquella en Antequera en 635. y eſta en Granada en 637. ante los reſpectivos Eſcrivanos, que aquellos Jueces tenian, para actuar en ſus Comiſsiones. (181) Con que ſiendo cierto, que las originales debieron protocolizarſe en los Oficios, y Regiſtros de los Eſcrivanos, que las eſtendieron; (182) ſin que ſea creible, que las entregaſſen à la Villa, para ponerlas en ſu Archivo privado; (183) y que la Copia pueſta en Autos en 734. comprobada, en virtud de Proviſion del Conſejo, con el traſlado de donde ſe ſacò, es la miſma que ſe exhibiò, y ſe redarguyò de falſa en el año de 691. ſin haver mas diferencia entre una, y otra, que ſer diſtinto el papel en que ſe eſcrivieron, y el tiempo en que ſe preſentaron: es inqueſtionable, que merecen identica fee, como procedidas de un miſmo origen; (184) ſiendo igualmente ſoſpechoſas, por no haverſe calificado con la comparacion, y cotejo de las originales, y Matrices, que ſe hallan protocolizadas.

80. Por la primer Eſcritura de Venta, que celebrò con la Villa enel año de 635. D. Franciſco Enriquez de Roxas, conſta, que eſtandoſe pregonando los Montes, ſe opuſo el Lugar de Genalguacil, (aunque no ſiguiò la inſtancia) y en el poder eſpecial, que otorgò à eſte fin, confeſsò *ſer*

aque-

(176)
Parej. *de Inſtrum. Edit. tit.* 1. *reſol.* 3. *§.* 1. *n.* 41. Acev. *in leg.* 3. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop. n.* 20. ibi: *Sed ſi originale hoc penes partem exiſtens, & in proceſſu præſentatum redarguatur de falſo, tunc originale in Protocolo Notarij remanens edendum eſt, & ſic de utroque originali ſupradicto modo verba hęc noſtri textus intelligi poſſunt.*

(177)
Cap. Quoniam 11. *de Probat.* ibi: *Ita quod originalia penes Scriptores remaneant. Cap. fin. eod. l.* 9. *tit.* 19. *part.* 3. ibi: *E por eſſo la mandamos eſcrivir en el Regiſtro, porque ſi viniere alguna dubda ſobre ella, ſe pueda mejor probar por alli. L.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*

(178)
Memor. num. 73. fol. 25.

(179)
Memor. num. 91. fol. 31. B.

(180)
Addicion al Memor. n. 12.

(181)
Addicion num. 13.

(182)
Dict. l. 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* Parej. *ubi ſupr. n.* 42. ibi: *Quæ Scriptores ipſi, & eorum ſucceſſores debent cuſtodire, & partibus exhibere, alias tenentur ad intereſſe.*

(183)
Parej. *ubi ſupr. n.* 43. ibi: *Quod adeo verum eſt, ut inſtrumentum repertum penes partem, numquam præſumatur originale Protocolum, ſed illud quod remanet penes Notarium, ſivè tabellionem.*

(184)
Ex leg. Cum qui edes, ff. de Uſucap. Antun. *de Donat. Reg. part.* 3. *cap.* 26. *n.* 64. ibi: *Non enim debet una, & eadem res diverſo jure cenſeri.* Olea *de Ceſ. Jur. tit.* 2. *quæſt.* 2. *n.* 12. *in fin.*

aquellos Valdìos. (185) De este hecho infiere la Villa dos consequencias: la una, que los Lugares consintieron la venta, pues tuvieron noticia de ella, la que por esta razon no pueden reclamar; y la otra, que virtualmente confessaron no perteneçerles los Montes litigiosos.

81. No puede esta circunstancia darle firmeza alguna à su Escritura, pues quando (dado, y no concedido) consintiessen en la enagenacion, no pudieron perjudicar en esto su derecho; porque solo es apreciable la noticia, y consentimiento del Dueño, para la venta de sus bienes, quando el Derecho le concede arbitrio, y facultad de enagenarlos. (186) Pero estando, por Leyes de nuestros Reynos, prohibida à los Pueblos, y sus Vecinos la enagenacion de Dehessas, Montes, Pastos, y demàs bienes publicos, sin que intervenga facultad Real; (187) y esto siendo en conocida utilidad, y beneficio comun; (188) de forma, que con solo no resultar utilidad, se dice serles perjucial: (189) Es cierto, que de nada puede servir à la Villa el que quiere figurar assenso, no haviendo intervenido facultad Real, ni menos la evidente utilidad de los Lugares.

82. Igual, ò mayor desprecio merece la otra ilacion, de que la aquiecencia del otro Lugar, y taciturnidad de èste, induce la virtual confession de no haverseles repartido, ni pertenecerles los Montes; porque sobre no poderse perjudicar los Concejos, y Comunidades con semejantes inculpables omissiones, tenemos un poder otorgado unicamente por dos Alcaldes de Genalguacil; (190) siendo assi, que para perjudicarles en algun modo la erronea confession, que en èl hicieron de ser los Montes Valdìos, era preciso se hiciesse en un poder celebrado à Concejo abierto, por el vulgar axioma: *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet.* (191) Señalandose à los Vecinos competente Termino para deliberar, y siendo indispensable requisito, que de las tres partes, à lo menos, assistiessen las dos, (192) y que se escriviessen los nombres de los presentes; (193) reglas invariables, que solo se limitan en los Lugares populosos, donde, por la impossibilidad de concurrir todo el Vecindario, se cometen los negocios, y determinaciones à solo el Ayuntamiento (194)

83. Y quando esta confession le obstasse à Genalguacil, (que no puede) còmo le ha de perjudicar à este Lugar, que es Concejo diverso, y absolutamente separado de

aquel

(185) Memor. num. 52. fol. 17.

(186) *Ex leg. Multum interest* 6. *C. Si quis alteris, vel sibi.* Anton. Fab. *de Conject. lib.* 14. *cap.* 20. *n.* 1. *in fin.*

(187) *L.* 11. *tit.* 7. *lib.* 7. *Recop.* & ad eam Aceved. *n.* 4. D. Valenz *consf.* 20. *n.* 43. D. Castill. *de Usufr. lib.* 1. *cap.* 54. *num.* 49. Bobad. *lib.* 3. *Polit. cap.* 8. *n.* 80. & 82. Oter. *de Pasc. cap.* 11. *n.* 89. &

(188) *Ex leg. Si quis* 1. *C. de Præd. Decur. lib.* 10. *l.* 3. *C. de Vendend. reb. Civit. lib.* 11.

(189) Sarmient. *lib.* 3. *Select. cap.* 13. *n.* 2. D. Lara *Compend. vitæ homin. cap.* 25. *n.* 26.

(190) Addicion num. 3.

(191) *Ex tot. tit. de his prefiunt à majore parte capituli.* Valmased. *de Collect. quæst.* 120. *n.* 3. D. Salg. *in Labyrinth. p.* 2. *cap.* 2. *à n.* 67. Oter. *de Pasc. dict. cap.* 11. *n.* 21. ibi: *Sed præter Regiam facultatem sunt alię solemnitatis necessarię ad quamlibet Pascui publici : : : alienationem, utpote quod sono tubę, vel alio consueto modo vicini vocati sint ad concilium.* Ex Barth. *in leg. fin. C. de Præd. Curial. lib.* 10.

(192) *Ex leg. Nulli, ff. Quod cujusque Univers. nom. leg. Nominationum; C. de Decurionib. lib.* 10. Roland. à Valle *consf.* 90. *num.* 19. *volum.* 1.

(193) Roder. Suar. *alleg.* 14. *n.* 3. Garc. *de Nobil. glos.* 3. §. 2. *n.* 48.

(194) Oter. *ubi supr. n.* 22.

aquel? Ademàs, que este Instrumento sacado, como todos, del Archivo privado de la Villa, (195) padece, no solo este defecto, sino tambien se hace sospechoso, por no haver usado de èl, ni presentadolo, teniendolo en su poder (no obstante, que nada prueba) hasta el año de 734. congetura, que canoniza el Derecho solo con la retardacion de diez à treinta años, (196) y en este caso la tenemos de mas de quarenta, aùn contando solo desde que principiò este Pleyto en el de 691.

(195) Addicion num. 4.

(196) *Cap. Inter dilectos 6. de Fid. Instrum.* D. Cresp. *part. 1. observ.* 23. *n.* 24. *&* 25. *ubi plures citat.*

84. Pero qué cosa mas opuesta al consentimiento, y tacita confession, que de contrario se figura, que el haverse opuesto à la venta, sin embargo de haver desamparado la instancia? Porque esta omission, lo mas que prueba es la clara indefension de los Lugares, y el notorio abuso, y subordinacion con que la Villa, valiendose de la autoridad de Cabeza de Partido, y de la miseria de estos Pueblos, ha confundido, y usurpado sus legitimos derechos. Y asi, ni puede este tan dèbil Instrumento calificar el derecho de la Villa, ni menos destruir el indubitable, que por tantos Titulos fundan estos Pobladores.

85. Asimismo intenta la Villa fundar su pretension, con el Testimonio de las Ordenanzas, que hizo en el año de 1543. aprobadas *por el Duque de Arcos*, en las que estableciò el règimen, que sus Justicias havian de observar en los anuales repartimientos de los Montes de su *Termino*, para el goce, y aprovechamiento de los Vecinos de ella, *y Lugares de su Jurisdiccion*, prohibiendo con penas la corta, y tala de los Arboles, y permitiendo en determinados tiempos, la percepcion del fruto de Bellota en los *Terminos Valdìos.* (197)

(197) Memor. num. 9. fol. 3.

86. Convinando estas Ordenanzas con otro Testimonio presentado de contrario en las antecedentes instancias deeste Pleyto, del que resulta haverse, desde el año de 603. hasta el de 634. reconocido los Montes litigiosos, (*sin que se halle firma alguna en la declaracion de los Inteligentes, que practicaron este reconocimiento* (198)) y repartido el fruto de ellos en diferentes Vecinos de este Lugar, que registraron el Ganado de cerda que tenian: (199) pondera la Villa la assonancia de estos Instrumentos, para inferir, que los Montes no pertenecieron à los Moriscos, ni menos à los Pobladores antiguamente, y asi se le pudieron vender como Valdìos, y Realengos; porque en virtud de sus Ordenanzas fuè corre-

(198) Memor. num. 51. fol. 15. B.

(199) Memor. ubi suprà.

la-

lativo el reconocerlos, y repartirlos à los Vecinos de este Pueblo, en consequencia del Registro que hacian de sus Ganados; lo que cessò luego, que la Villa comprò à su Magestad en el año de 635. (200)

87. Este que (à su parecer) es poderosissimo argumento, para dàr firmeza à la Escritura de Compra, unico Titulo de su pertenencia, lo confirma con el hecho de haver vendido, y arrendado à los Pobladores en diferentes años, desde el de 635. al de 696. el fruto de Bellota de los Montes, para pagar lo que le costaron estos, segun se nota en las referidas ventas, que se hallan testimoniadas en los Autos. (201) Y suponiendo, como certissimo, que estos, y los demàs Instrumentos de que se vale la Villa en este juicio, (à excepcion de una Cedula, expedida en 589. de que tratarèmos num. 94.) se presentaron en los antecedentes, (202) y por no justificativos de la pertenencia, y dominio, absolutamente se desestimaron en ellos, le harèmos vèr la ninguna esperanza, que debe fundar en estos documentos, por si podemos servirle con la inestimable dadiva de un verdadero desengaño.

88. Ha de saber la Villa, que sus Ordenanzas, formadas en el año de 543. son absolutamente nulas, è insubsistentes, por dos defectos, que padecen, ambos substanciales. El uno es, no estàr aprobadas por el Consejo, haviendose estendido quatro años despues de establecida nuestra Ley Real en el de 539. donde indistintamente se manda, y previene, como requisito indispensable, que las nuevas Ordenanzas hechas por qualesquier Ayuntamientos, se ayan de remitir, y aprobar en el Consejo para su validacion, y firmeza, con justificacion, y conocimiento de ser utiles à los Pueblos, que deben observarlas. (203) Se halla esta Sancion Regia canonizada con la observancia inconcusa, que nos enseña la practica diaria (de que testifica el Bobadilla en sus Politicas, concretandola à los Pueblos de Señorìo (204)) y confirmada por dos Leyes del Reyno posteriores. (205) Con que hallandose las Ordenanzas de la Villa, sin la precisa aprobacion del Consejo, y solo con la del Duque de Arcos (quien, segun la Ley del Reyno referida, careciò de facultad, y jurisdiccion para confirmarlas (206) es evidente, que ni pueden tener subsistencia, ni merecer fee alguna.

89. El otro defecto resulta de no haverse observado en

(200) Memor. num. 52. fol. 16.

(201) Memor. num. 64. fol. 23.

(202) Mem. n. 68. fol. 24. n. 86. fol. 28. B. n. 91. fol. 31. B. & Addicion n. 7.

(203) *L. 8. tit. 1. lib. 7. Recop.* ibi: *Y la embien al nuestro Consejo : : : y las dichas Ordenanzas, para que alli se provea, que se debe mandar guardar, ò confirmar.*

(204) *Politic. lib. 2. cap. 16. num.* 128. & 129. ibi: *La qual Ley entiendo yo que procede, atento el Derecho Civil, y Comun, que permitia à los Señores el dicho poderìo, ò que se entienda con los Señores libres, QUE NO CONOCEN SUPERIOR. Pero por las Leyes mas nuevas de estos Reynos, qualesquier Ordenanzas, que se formaren, ò de nuevo se hicieren, SE HAN DE LLEVAR ANTE LOS DEL CONSEJO DEL REY, Y VERSE, Y CONFIRMARSE POR ELLOS, Y DE OTRA MANERA NO SE PUEDEN EXECUTAR: y esto se practica : : : de tal manera, que si se executan las Ordenanzas no confirmadas, se revocan las Sentencias, y se dàn Provisiones Ordinarias en el Consejo, para que no se use de ellas, y se embien originalmente.*

(205) *L. 14. tit. 6. lib. 3. Recop.* ibi: *Y las Ordenanzas, que assi emendaren, ò de nuevo hicieren, embien à Nos el traslado de ellas, para que Nos las mandemos vèr, y proveer sobre ello. Et leg. 13. tit. 1. lib. 7. Recop.* ibi: *Mandamos no puedan ser condenados en ellas* (scilicèt en las penas de las Ordenanzas) *sino es estando confirmadas por los del nuestro Consejo.*

(206) Bobad. *ubi supr. n.* 128. *in fin.*

en 60. años despues de su establecimiento; porque formadas en el de 543. no se encuentra hasta el de 603. que en su virtud se hiciesse Registro alguno de Ganados, reconocimiento de los Montes de su Jurisdiccion, ni repartimiento de los frutos de ellos. (207) Y es esta la consonancia, y conexion, que pondera la Villa entre estos Instrumentos? Siendo asi, que para enlazarlos, y concebirlos, como correlativos, es forzoso borrar de la plana de los tiempos 60. años quando menos? Sin duda, que es dificil empressa. Y asi aunque de la observancia quisiera la Villa dàr subsistencia à sus Ordenanzas, le es imposible, faltando aquella por tanto tiempo, despues de establecidas estas, y mas careciendo de las precisas solemnidades, que prescrive la citada Ley Real del año de 539.

(207) Memor. num. 51. fol. 15. B.

90. No obstante hemos de conceder de gracia à la Villa, que sus Ordenanzas son absolutamente vàlidas, para que conozca, que ni aun en esta hypotesi imposible, pueden probar la consequencia, que de ellas, y de los repartimientos ilegitimamente infiere, de haver sido Valdìos, y Realengos los Montes litigiosos, antes de que se le vendiessen en el año de 635. Porque como *el hacer Ordenanzas se regule de la Jurisdiccion que goza el Pueblo, que las establece,* (208) y Jubrique (que està por su desgracia sujeto à la Villa, como à cabeza de Partido) no la tiene, ni exerce, era consiguiente el governarse sus Vecinos por los Estatutos de Casares; pues por ellos (siendo vàlidos, y estando con las solemnidades, que prescrive el Derecho) deberìan sus Corregidores, como Jueces Ordinarios, determinar las causas, y denunciaciones de las cortas, y talas de los Montes de su Termino, y Lugares de su Jurisdiccion. (209)

(208) Bobad. *Politic.lib.* 5. *cap.*10. *n.* 28. *in fin.* ibi: *Porque el hacer Ordenanzas se regula de la Jurisdiccion, la qual, como no exerce la Ciudad en la tal Villa, tampoco sus Ordenanzas la comprehenden.*

(209) Bobad. *ubi suprà.*

91. Con que supuesta esta verdad, lo que legitimamente puede inferir la Villa de sus Ordenanzas, y el Testimonio de reconocimientos, y Registros, en que se funda, es, que Jubrique se halla en su Jurisdiccion, y que està sujeto à ella. Registre el crecido volumen de este Pleyto, y no encontrarà, que los Pobladores se lo ayan negado, ni controvertido; porque este hecho, sobre ser cierto, no les puede causar perjuicio alguno, siendo incontrovertible, que aunque los Montes litigiosos se comprehenden en la Jurisdiccion de Casares, estàn fuera de su Dezmerìa, y material Termino, y se hallan incluìdos en el Territorio de este Pueblo, (210) para prueba evidente de ser suyos;

(210) Memor. num. 74. fol. 25. & num. 90. fol. 31. B.

yos; (211) y aſsi, lo que unicamente podrà juſtificar la Villa (aunque nadie ſe lo niega) ſerà el mero, y mixto imperio, cifrado en la adminiſtracion de juſticia, en tanto, que à Jubrique ſe le declara *ſegunda vez* el dominio, y propriedad de eſtos bienes, por ſer indubitable, que ademàs de haverſeles repartido, y vendido, ſe contienen *intra ſuos fines.*

92. El otro Teſtimonio con que la Villa quiere perſuadir, que comprò bien, y que eſte Lugar lo conſintiò, por haver vendido, y arrendado à ſus Vecinos el fruto de los Montes litigioſos, deſde el año de 635. haſta el de 696. (212) ſolo prueba lo primero, eſto es, que la Villa comprò (aunque jamàs ſe le ha negado) pero no juſtifica, que fueſſe vàlida la venta, y que los Pobladores la conceptuaſſen como tal; antes bien ſe evidencia lo contrario, y que tuvieron eſte contrato por nulo, por el miſmo hecho de haver intentado en el año de 691. la reſtauracion, y reintegro de aquellos, la que con efecto conſiguieron por la Executoria del Juez de Poblacion de 697. ganada en juicio contradictorio, y de propriedad, ſegun dexamos fundado al principio de eſta alegacion ex num. 13. Con que ſi la Villa huviera cotejado ſu Teſtimonio con el citado juicio del año de 91. conociera, que de nada le ſirve, teniendo contra sì la Executoria de 97.

93. Pero ſolo con reflexionar eſte Inſtrumento, ſe reconoce à todas luces ſu inveroſimilitud; porque ſiendo cierto, que la Villa ſe obligò en ſu Eſcritura de Venta (que ſe le otorgò en 637.) à pagar los 44ȣ303. reales (que dice le coſtaron los Montes litigioſos) en los 4. años ſiguientes à la celebracion del contrato, (213) y que ha preſentado las cartas de pago, y finiquitos, en prueba de haver cumplido con lo eſtipulado: (214) còmo podemos creer, que las ventas del fruto de ellos hechas haſta el año de 96. fueſſen para ſatisfacer ſu importe, eſtando yà pagado en el de 662? (215) y mas conſtando de los Autos, que eſtuvieron en ſecueſtro deſde el año de 91. al de 97. en que aquel juicio ſe executoriò?

94. Conociendo, que todos los Inſtrumentos de que hemos tratado ſe tuvieron preſentes en los juicios anteriores de eſte Pleyto, y ſe le deſpreciaron à Caſares por no juſtificativos del dominio, y propriedad de eſtos Montes, en competencia de los relevantes Titulos con que califica

ſu

(211) Anton. Gom. *in Leg.* 45. *Taur. n.* 2. ibi: *Imo quod poſtquam bona immobilia, & dominia eorum fuerunt de Jure Geutium diviſa, & appropriata::: cenſentur eſſe illius Civitatis, Villę, vel Caſtri in cujus Territorio, & Juriſdictione ſunt ſita: & ex hoc videtur fundata intentio illius Reipublicę::: & iſtam opinionem ſequor in tam dubio paſſu, quia videtur verior, & ſecurior in conſcientia, & juſtitia.* D. Covarrub. *lib.* 1. *var. cap.* 17. *n.* 7.

(212) Memor. num. 64. fol. 23.

(213) Memor. num. 54. fol. 18. B.

(214) Memor. num. 63. fol. 23.

(215) Memor. ubi ſuprà num. 63.

ſu pertenencia el Lugar de Jubriquē, recurriò el Defenſor de la Villa, para fundamentar ſu defenſa al tiempo de la Viſta, à una Real Cedula, (que ſe ha preſentado nuevamente en eſta inſtancia) deſpachada en 8. de Enero de 589. en la que ſe dixo: *Pertenecia à ſu Mageſtad el diſponer del fruto de las Encinas, que ſe hallaban en las Heredades de los Particulares; por lo que ſe mandò vender el dicho fruto à los Concejos, y perſonas, cuyas fueran las Tierras, donde eſtaban las expreſſadas Encinas*, y ſe diò para ello la correſpondiente Comiſsion al Licenciado Fuente de Vergara. (216)

95. Concretando à eſta Real Cedula la diſpoſicion legal, que dà à la aſſercion del Principe el privilegio de hacer plena probanza, (217) y equiparando las Encinas, y Alcornoques à los minerales, que aunque ſe hallen en ageno ſuelo, tiene en ellos la Corona el privativo dominio, (218) ſe quiſo dàr validacion à la Eſcritura de la Villa, ſin embargo de haver comprado por ella los Montes litigioſos comprehendidos en el peculiar Termino, y Territorio de eſte Pueblo, (219) y que la mayor parte de ellos han nacido de nuevo en las particulares haciendas, y ſuertes, que ſe aſsignaron à los Pobladores al tiempo de los repartimientos. (220)

96. No obſtante que ſe califica de inapreciable eſte penſamiento, con advertir ſolamente, que en virtud de la citada Cedula de 589. no comprò la Villa eſtos Montes, pues ſu primera venta ſe celebrò en el año de 635. (221) ni menos conſta, que ſe practicaſſe en modo alguno; nos es forzoſo reſponder à eſta objecion, para deſagraviar los sòlidos principios de Juriſprudencia, que ſe vulnèran en ella.

97. Pues aunque no puede dudarſe, que la aſſercion del Principe hace plena fee en las materias civiles, eſto es muy cierto ſiempre que depone, y teſtifica de hecho propio; (222) pero no quando ſus Cedulas, Ordenes, y Mandatos ſon opueſtos, y derogatorios de las expreſſas diſpoſiciones de Derecho, (223) ò perjudican à tercero alguno: (224) porque en eſte caſo, ni ſe debe creer, que ſemejantes Decretos proceden de la inalterable juſtificacion del Soberano, (225) (que ſe preſume ſabidor de todas las Conſtituciones de Derecho; (226) y que nunca es ſu voluntad perjudicar à ſus Vaſſallos, (227)) ni ſe les puede dàr cumplimiento ſin incurrir en las penas, que imponen las Le-

(216) Memor. num. 50. fol. 13. B.

(217) *Ex leg.* 32. *tit.* 16. *part.* 3. D. Larr. *Alleg.* 6. *n.* 2. *& ſequent.* D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 32. Parej. *de Inſtrum. Edit. tit.* 7. *reſol.* 9. *n.* 33. *&* 34. D. Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 10. *à n.* 66.

(218) *Lex* 3. 4. *&* 9. *tit.* 13. *lib.* 6. *Recop.* Antun. *de Donat. Reg. part.* 3. *cap.* 12. *n.* 7. *&.* 12.

(219) Memor. num. 74. fol. 25. B. & num. 90. fol. 31. B.

(220) Memor. ubi ſup. num. 90.

(221) Memor. num. 52. fol. 16.

(222) *Dict. l.* 32. *tit.* 16. *part.* 3. Parej. *ubi ſupr.* & DD. ibi citati.

(223) *LL.* 1. 2. *&* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recop.*

(224) *Ead. leg.* 2. *Recop.* D. Salg. *de Retent. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 17. *&* 18. *l.* 30. *tit.* 18. *part.* 3.

(225) D. Salg. *ubi ſuprà.*

(226) Barboſ. *in cap.* 57. *de Elect. n.* 3. Acev. *leg.* 3. *tit.* 18. *lib.* 8. *Recop.* Bald. *in leg. fin. C. de Leg. in fin.*

(227) Communiter DD.

Leyes de eſtos Reynos. (228) Por lo que, ſiendo el contenido de la expreſſada Cedula opueſto *ex diametro* al obſervado axioma juridico: *Quod in re mea naſcitur*, y demàs principios concordantes; es preciſo, que la [illegible]cibamos erronea, y no dimanadas ſus exorbitantes clauſulas de la mente de ſu Mageſtad, ſino procedidas del eſtilo de las Secretarìas: (229) y què mayor prueba de haver ſido erronea eſta Cedula, que el no haverſe pueſto en practica?

98. Para deſvanecer la equiparacion, que ſe hizo de las Encinas, y Alcornoques, con los Minerales, (no obſtante, que ſe confeſsò de contrario no haver autoridad, ni texto con que apoyar eſte penſamiento) baſta advertir la notable diferencia, que ſe verſa entre eſtas dos eſpecies; porque aunque ambas ſon conocidos frutos de la Tierra, (230) las Encinas ceden al ſuelo, en que ſe crian, como los demàs Arboles, y Plantas, y los Minerales ſon proprios de la Corona, y los reſervaron nueſtros Monarcas en el Patrimonio Regio, por ſus particulares Eſtatutos, (231) como frutos pertenecientes à la utilidad comun, y tan precioſos, que (ſegun ſu naturaleza) requieren un dueño adornado con los Privilegios de la Soberanìa. (232)

§. II.

SE RESPONDE A ALGUNAS OBJECIONES *contrarias.*

99. AUNQUE en el diſcurſo de eſta Alegacion hemos dado reſpueſta à los reparos, y argumentos de la Villa, reſervamos dos objeciones, que nos hace (queriendo con ellas deſvanecer, y deſtruir la Executoria de 697. ganada en juicio de propriedad por eſtos Pobladores) para ſatisfacer à ellas ſeparadamente.

100. Se debe ſuponer, para fundar la primera objecion, y ſu reſpueſta, que en el año de 696. Don Antonio Ruiz Salcedo, Contador de Poblacion, diò una Certificacion, en la que inſertò à la letra la Eſcritura de Venta, otorgada à favor del Lugar de

(228) *Dict. lex* 2. & 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recop.*

(229) Ex dictis à D. Larr. *alleg.* 73. *n.* 7.

(230) Antun. *de Donat. Reg. part.* 3. *cap.* 12. *n.* 4. ibi: *Quia metalla ſunt fructus terræ. L. Ex lapidicinis, ff. de Jur. dot.*

(231) *L.* 4. & 9. *tit.* 13. *lib.* 6. *Recop.*

(232) Idem Antun. *ubi ſup. n.* 12. ibi: *Poſſunt autem leges hujus Regni, & Caſtellæ, & aliorum Regnorum ea ratione fulciri, quod methalorum uſus publicus eſt, & ad publicam utilitatem pertinet, ita ut eorum effoſsio, & in lucem productio nullo modo impediri debeat. Dict. l. Venditor. §. Si conſtat, ff. commun. prædior.* Cæpol. *dict. cap.* 22. *n.* 4. Gutierr. *dict. quæſt.* 36. *n.* 63. ubi docet: *Hujuſmodi fodinas eſſe fructus, & partus terræ productos ab ipſa ad ſui defenſionem, & non eſſe quoſvis fructus, ſed optimos ipſius terræ, & præſtantiſsimas divitias, quæ ſolam Regiam Majeſtatem decent, non privatum civem.*

de Genalguacil en el año de 577. y expressando estàr conformes con ella la de los otros Lugares, añadiò, que en la Venta, que su Magestad hizo à los Pobladores de ellos, se incluyeron *todas las Tierras, Pastos, Abrevaderos, Montes, y Arbolados comprehendidos en sus Terminos.* (233)

(233) Memor. num. 75. fol. 25. B.

101. En el año de 730. Don Sebastian Ruiz Salcedo diò otra Certificacion, y copiando la Escritura de Genalguacil, y relacionando las de los otros Lugares, dixo: *No constaba en ellas haverse incluìdo los Pastos, y Montes; y que el haverse dicho en la Certificion de 696. que se comprehendieron, solo pudo recaer en la inteligencia de que los Lugares, que se poblaron, debian tener el uso, y aprovechamiento del fruto de Bellota, y Pastos, segun su Magestad los aplicò generalmente en la misma forma, que los usaban los Moriscos.* (234)

(234) Memor. num. 81. fol. 29. B.

102. Con esta Certificacion segunda, ha presumido la Villa, que se falsifica la primera; y que haviendo precedido esta à la Sentencia del año de 97. recayò sobre el falso supuesto de estàr arreglada. Pero se ha de advertir, que la del año de 96. contuvo tres partes: en la primera trasladò el Contador *de verbo ad verbum* la Escritura de Genalguacil: en la segunda certificò, que las de los otros Lugares estaban en todo conformes: y en la tercera dixo, haversele vendido por ellas à los Pobladores todos los Montes, y Pastos. En cuyo supuesto, hallandose la copia de la Escritura arreglada à su original, no se le puede arguir la menor falsedad, *quia nihil augit, nec diminuit*, (235) ni menos en haver afirmado, que las otras Escrituras estaban conformes, por hallarse todas iguales. (236) Con que conviniendo *referente, y relato*, no se puede oponer defecto substancial à la expressada Certificacion; (237) y solo se versa la duda sobre lo que añadiò voluntariamente despues de evaquados los dos primeros particulares.

(235) Juxta Parèj. *de Instrum. Edit. tit. 5. resol. 1. n. 24.*

(236) Memor. num. 47. fol. 13. B.

(237) Ex dictis à D. Salg. *de Retent. part. 2. cap. 21. a n. 6.* & D. Larr. *alleg. 93. n.* 14.

103. En quanto à esto se satisface con la segunda Certificacion de 730. (238) en que se expuso, haverse puesto aquella clausula, no como contenida, con las mismas palabras, en la Escritura de Venta, (porque esto fuera demasiada ignorancia acabando de trasladarla sin ellas à la letra) sino solo

(238) Memor. num. 81. fol. 29. B.

exponiendo ſu parecer Don Antonio Ruiz Salcedo. Dictamen, que con juſta razon formò aquel Contador, teniendo preſente una venta univerſal, comprehenſiva de quanto incluyeſſen los Terminos de Lugares, ſin otra limitacion, que los Molinos de Pan, y Azeyte; y aſsi certificò en eſto lo que entendia haverſe concedido formalmente, y no lo que conſtaba de las materiales voces.

104. Y quando conſideràramos, que, faltando à la formalidad de Certificacion, certificò primero con inſercion de la Eſcritura, y deſpues diò Teſtimonio en relacion de ella, excediendo en eſto, ò por ignorancia, ò por ocioſidad, eſtando en una pieza referente, y relato, y regulandoſe aquel por eſte en todo, deberiamos tener por error el aditamento, y atender ſolo à lo que conſta de la Eſcritura, para concordarlos; (239) y no ſiendo creìble, que el Juez de Poblacion ignoraſſe eſta regla, tampoco es veroſimil, que hallando en un miſmo Inſtrumento la Eſcritura integra, y la relacion del Contador atendieſſe à èſta, para dàr ſu Sentencia, y deſpreciaſſe aquella, ſiendo la principal, y mas digna. Pero quando aſsi ſucedieſſe, fuè yerro, que eſtuvo manifieſto deſde luego, y conſtò entonces judicialmente en Autos: con que no puede oy alegar la Villa, que le ha deſcubierto nuevamente; ni con tan dèbil fundamento impugnar la Executoria de 697. Ademàs, que el que certificaſſe el Contador en eſta, ò aquella forma, no juſtifica en la Villa otro derecho, que el que por otro medio pueda probar.

105. Para fundar la ſegunda objecion, y reſponder à ella, nos es forzoſo ſuponer, que en el año de 734. deſpues de executado el ultimo Apèo, y de haverſe remitido al Conſejo, para ſu aprobacion, preſentò la Villa un Teſtimonio dilatado de ſus Eſcrituras, y demàs Inſtrumentos, de que hemos tratado en eſte punto. Con ellos ha querido contratteſtar la Executoria del año de 97. porque pretextando ſer Inſtrumentos nuevamente hallados, denomina, unas veces nula, y otras injuſta, la Sentencia del Juez de Poblacion. Y aunque particularmente quedan deſvanecidos en el antecedente §. y ca-

(239) Pareja *de Inſtrum. Edit. tit.* 7. *reſol.* 9. *n.* 30. ubi cum Fontanela, Mantica, & alijs, precipuè cum D. Caſtill. *de Tertijs cap.* 5. *n.* 8. dicit: *Quod quando minus continetur in relato, quam in referente, ſicque diſcordare contigerit referens à relato, ut ſemper attendatur relatum, de quo conſtat, & ſecundum eum modificetur, & reſtringatur referens.*

calificada de juſtà aquella determinacion difinitiva, en el primer punto de eſta Alegacion, para mayor convencimiento de la Villa, y conocimiento de la verdad, ſolo ſe neceſsita leer la referida Sentencia; porque en ella literalmente conſta, que los Inſtrumentos preſentados de contrario, los tuvo preſentes aquel Juez, para declarar la propriedad, y dominio de eſtos bienes à favor de los Lugares, pues dixo: *Que todos los demás Arboles, y Montes, que eſtuvieran fuera de los expreſſados Limites, y Mojones, tocaban, y pertenecian al Concejo de la Villa de Caſares, en virtud de las compoſiciones hechas con la parte de ſu Mageſtad.* (240) De que evidentemente ſe falſifica el aſſerto de ſer Inſtrumentos hallados de nuevo, y que no ſe preſentaron en el juicio de 691.

(240) Memor. num. 76. fol. 26. B.

106. Con eſto quedan tambien deſvanecidos los vicios de nulidad, é injuſticia, que voluntariamente ſe le oponen à la citada determinacion; porque ſuponiendo que ay notable diſparidad entre ſer nula, ò injuſta una Sentencia; (241) y advirtiendo aſsimiſmo, que por provenir regularmente la nulidad *vel ex judice, vel ex partibus, vel ex ipſa cauſa*, ſe pudiera fundar por uno de eſtos medios: veamos al que recurre la Villa, y ſolo hallamos, que pondera haverſe dado la del año de 97. contra ſu notorio derecho, y que por eſta cauſa *ex qualitate ſententiæ*, como nula, no pudo cauſar los poderoſos efectos de coſa juzgada. (242) Pero lo dèbil de eſta prueba ſe conoce con facilidad, pues aunque el juzgar mal pueda acaecer, *vel ex pravo judicantis animo*, (que aqui no milita) *vel ex defectu ordinis*, (que no ſe halla) *vel ex defectu juſtitiæ* (que la Villa alega) ſe requiere, para que lo injuſto de una Sentencia llegue al grado de contener nulidad, no ſolo que ſea *contra jus partis*, ſino que *ex diametro* ſe oponga à un terminante caſo de Ley; de ſuerte, que de ella miſma, y ſin relacion à los Autos, ſe encuentre contravenida alguna expreſſa conſtitucion de Derecho. (243)

(241) Sanchez *Conſ. Mor. lib. 6. cap. 3. dub.* 10. Canonit. *in cap. 9. de Sent. & re judic.* D. Salg. *de Reg. Protect. p.3. cap. 9. à num.* 147.

(242) *Juxta text. in cap. Per tuas 40. de Sentent, excom. cap. Cum contingat* 36. *de Officio Deleg.* D. Gonzal. *in cap.* 7. *de Sentent. & re jud. n.* 8.

(243) *L.* 2. *C. Quando prov. non eſt neceſſe.* D. Salg. *de Reg. p.* 3. *cap.* 9. *n.* 154. ibi: *Requiritur, quod ſit error juris patenter, & manifeſtus in ſententia ad oculum viſibilis, habita relatione ad caſum, & tenorem legis claræ, & publicæ, ac indubitabilis::: non autem ſufficit, quod oculo mentis, & per ſubauditos intellectus percipiatur, nam ſi error ex expreſſa ſententia non exprimitur, ſed per relationem ad acta, non erit ſententia nula.*

107. Con que no ſiendo de eſta qualidad dicha Sentencia, por no contenerſe en ella clauſula contraria à alguna expreſſa diſpoſicion legal, no ay probable fundamento para pintarla con viſos de nulidad: y quando huviera algunos meritos para uſar la Villa de eſte re-

remedio, no puede oy deducirlo, por obstarle la Ley del Reyno, que solo concede 60. dias para intentarlo; (244) de modo, que no solo *per viam actionis*, sino tambien *per viam exceptionis*, se debe excluír de la instancia de nulidad el que dexò passar de dichos 60. dias, (245) no obstante el vulgar axioma: *Temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum*, por no tener lugar este principio quando *actio*, *&* *exceptio concurrunt simul*, (246) ò quando aquel termino se señala *ad excludendum aliud juris remedium*. (247)

108. Reflexionando sobre el concepto de haver sido injusta dicha Sentencia, (excluìdo yà el de nulidad) tampoco en este particular puede ser oìda la Villa, aunque fundàra (que no puede) haverse dado aquella contra su claro, y notorio derecho; porque quando assi sucede, tienen las Leyes prevenidos, para su remedio, los regulares recursos de apelacion, y restitucion.(248) Y no hallandose la Villa oy en tiempo legitimo para usar de ellos, y haviendo dexado executoriar dicha Sentencia, quedò èsta inalterable, y firme, causando los poderosos efectos de cosa juzgada; (249) sin que pueda valerse del beneficio de la restitucion, que, como à menores, le està concedido à los Concejos, (250) por haver dexado passar, no solo el quadrienio, sino tambien mas de 40. años; en cuyos terminos, ni *contra appellationem omissam*, ni *contra lapsum terminum nullitatis* se pueden valer los Concejos, y Menores de este beneficio. (251)

109. Pero quando algunos de sus Instrumentos fuessen nuevamente hallados, (que sus unicos titulos, cifrados en las Escrituras de compra, no lo son, por haverse mencionado en la Sentencia del Juez Protector) còmo pudiera oy fundarse en ellos la Villa para elidir aquella Executoria? Pues aunque le concedieramos el Privilegio Fiscal, (252) debiera haverse valido de los referidos Instrumentos, que denomina nuevos, dentro de los tres años, que señala nuestra Ley de Partida para ello, (253) y aun recurriendo al general Edicto, *si qua mihi justa causa*, pidiendo restitucion, debiera haverla intentado dentro del quadrienio, *ut suprà diximus*.

110. Y solo en el caso de que probàra haverse dado aquella Sentencia por dolo, y fraude de estos Pobla-

K do-

(244) *L. 2. tit. 17. lib. 4. Recop.* D. Covarr. *Pract. cap. 25. n. 4.* & ad eum D. Farìa *n.* 14.

(245) D. Covarr. & Farìa *ubi supr.* Carlev. *de Judic. tit. 3. disp. 16. à n. 9.*

(246) Anton. Gomez *lib. 1. Var. cap. 11. n. 20.*

(247) D. Farìa *ubi supr. n. 17.*

(248) *L. 1. §. Item 3. ff. Quæ sent. sine appellat. rescind.* ibi: *Quod si de jure suo probantem admisserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaberit eum de ętate sua, aut de numero liberorum probasse: de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur, QUO CASU APPELLATIO NECESSARIA EST.* D. Salg. *de Reg. Protect. part. 3. cap. 9. n. 148.* ibi: *Contra quam remedia ordinaria appellationis à jure prodita sunt, non nullitas, quia cum sit lata adversus jus litigatoris nulla non dicitur.*

(249) *Lex Servo 65. §. 2. ff. ad Trebell. cap. 13. de Sentent. & re judic.* ibi: *Attendentes, quod quantum ad litigantes ipsos, jus ex sententia factum fuit postquam in rem transijt judicatam, etiamsi contra jus litigatoris lata fuisse.* & ibi cum multis D. Gonz. *n.* 4.

(250) *Ex leg. 1. & 3. C. de Jure Reipublicæ lib. 11. leg. 10. tit. 19. p. 6.*

(251) Gutierr. *Pract. quæst. 37. n. 4. & 16.* Acev. *in leg. 2. tit 17. lib. 4. Recop. n. 49. & 50.*

(252) *Ex leg. 35. ff. de Re Judic. leg. 1. C. de Sentent. Advers. Fisc. lat. lib. 10.* Carlev. *de Judic. tit. 1. disp. 7. n. 6.*

(253) *Lex 19. tit. 22. part. 3.* ibi: *Ca entonces, si fuessen falladas tales pruebas, bien pueden usar de ellas para desfacer el juicio que fue dado contra èl, fasta 3. años desde el dia que fue dada la Sentencia.*

dores (lo que no es posible) se le permitiera mas dilatado tiempo, el que (segun la opinion del señor Gregorio Lopez, fundada en una Ley de Toro, (254) no puede exceder de 20. años, no obstante, que la de la Partida concede 30. pero no solo han passado estos, sino tambien mas de 46. Con que por todos medios queda calificada de justa la Sentencia, y Executoria del Juez de Poblacion, y desvanecidas las dèbiles objeciones de la Villa.

(254) D.Greg. *in dict. leg. 19. gloss. 12. per leg. 20. Taur. quæ est lex 6. tit. 15. lib. 4. Recop.*

111. Infiriendose concluyentemente de lo expuesto en este Informe, que la qualidad de ser los Montes litigiosos hacienda de Poblacion, quedò executoriada en el año de 694. y la quota de ellos en el de 97. y que esta justa determinacion, aprobada, y mandada guardar repetidamente por el Consejo, la causò el claro, è indubitable derecho, que tiene Jubrique à la pertenencia, y propriedad de estos bienes, en virtud de sus legitimos Titulos, tan relevantes, como anteriores à las Escrituras de Casares, las que, como nulas (à causa de haverse vendido en ellas, en nombre de su Magestad, lo que no era de la Real Hacienda) no le pudieron adquirir dominio alguno à la Villa, ni son capaces de mover la inalterable justificacion de los Señores que han de votar este Pleyto; à quienes con propriedad se puede adaptar lo que Cerippo Africano alababa de Justino. (255)

(255) *Lib. 2. in laudib. Justini.*

Nec patimur quemquam sacratum lædere Fiscum.
Nec lædi quemquam sinimus sub nomine Fisci.

Assi lo esperan estos Pobladores, yà que el Real Fisco vendiò à la Villa los bienes proprios de este Pueblo. S.I.O. &c. Madrid, y Agosto 22. de 1744.

Lic. Don Joseph Galvez Gallardo.